

**TENSIONES ENTRE DERECHO POSITIVO Y DERECHO NATURAL EN LAS  
PROVIDENCIAS JUDICIALES AHC4806-2017 Y STL12651-2017**

**LUIS ALBERTO BARRANCO BAÑOS**



**UNIVERSIDAD DE LA COSTA CUC**

**BARRANQUILLA- ATLÁNTICO**

**2.019**

**TENSIONES ENTRE DERECHO POSITIVO Y DERECHO NATURAL EN LAS  
PROVIDENCIAS JUDICIALES AHC4806-2017 Y STL12651-2017**

**LUIS ALBERTO BARRANCO BAÑOS**

**TRABAJO DE GRADO PRESENTADO COMO REQUISITO PARA OPTAR EL  
TÍTULO DE ABOGADO**

**TUTOR: MILTON ARRIETA LOPEZ**

**COTUTOR: ABEL MEZA GODOY**

**DIRIGIDO AL CENTRO DE INVESTIGACIÓN DE LA FACULTAD DE  
DERECHO**

**UNIVERSIDAD DE LA COSTA CUC**

**BARRANQUILLA - ATLANTICO**

**2018**

**NOTA DE ACEPTACIÓN**

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

Índice de tablas .....	4
Introducción.....	6
Capítulo I.....	9
1.1 Planteamiento del problema.....	9
1.2 Justificación .....	17
1.3 Delimitación.....	20
1.4 OBJETIVOS .....	21
1.4.1 OBJETIVO GENERAL .....	21
1.4.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS .....	21
Capítulo II.....	21
2.1 Marco Conceptual .....	21
2.2 Marco Histórico .....	23
2.3 Marco Teórico.....	36
2.3.1 Derecho y Moral.....	33
2.3.2 Concepciones de Derecho Natural .....	37
2.3.3 Derecho Natural, Aristóteles. ....	40
2.3.4 Pensamiento político Martín Lutero.....	44
2.3.5 Derecho Natural, Dworkin .....	44
2.3.6 Una ciencia positiva .....	50
2.3.7 Concepciones positivistas .....	53
2.3.8 Kelsen y sus ideas en Derecho Positivo. ....	54
2.3.9 Hart, y sus aportes positivistas. ....	56
2.3.10 Caracterización de las tensiones en D. Natural, D. Positivo. ....	60
2.3.11 Resumen, sentencias AHC 4806-2.017- STL 12651-2.017 .....	62
2.3.12 El habeas corpus y la naturalidad del oso Chucho .....	77
Capítulo III .....	85
3. Metodología .....	85
4. Conclusión .....	86
5. Referencias.....	90

**Índice de tablas**

Tabla 1 Cuadro Tensional entre Derecho Natural- Derecho Positivo.....	76
Tabla 2 Cuadro Tensional de las sentencias AHC 4806 y STL 12651 .....	77

**Tensiones entre Derecho Natural y Derecho Positivo en las providencias judiciales  
AHC4806-2017 y STL12651-2017**

**Introducción**

En el presente proyecto de grado, se busca identificar y analizar, aquellos aspectos que generan ciertas tensiones entre derecho natural y derecho positivo, entorno a la decisión AHC4806-2017, que concedió el Habeas Corpus en favor del semoviente llamado “Oso Chucho”, y la sentencia de tutela SGL 12651-2017, la cual revoca la providencia antes mencionada. Ambas decisiones pronunciadas por la Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Civil y Sala de Casación Laboral, respectivamente.

A su vez, esta investigación buscará interpretar las tensiones entre las dos teorías del derecho, antes mencionadas, y las de las decisiones judiciales AHC 4806-2017 y STL 12651-2017, como se observará más adelante.

En virtud de lo anterior, el eje central del proyecto de grado es lograr identificar esas tensiones que existen entre estas dos formas de derecho y ponerlas en manifiesto tomando como punto de partida las sentencias anteriormente mencionadas, y así determinar la validez que poseen sus postulados, a la hora de encontrar la decisión judicial más idónea, para sopesarla y encontrar ideas que, a la postre, logren diferenciar el transitar del derecho natural y derecho positivo.

En la situación concreta que se ve imbuido el oso “Chucho”, como ser sintiente, reviste una oportunidad para exponer situaciones, de vital relevancia para las problemáticas de esta época focalizada en el cuidado y mantenimiento del medio ambiente, partiendo del tema

base, como lo es la filosofía del derecho, como nociones referidas al derecho natural y derecho positivo, que sin lugar a dudas, es el puente tendido hacia la correcta decisión judicial por parte de los administradores de justicia en casos que requieran una mayor interpretación de los hechos.

El juez para llevar en forma correcta este tipo de casos tiene que ser un juez filósofo capaz de interpretar y llevar a cabo, juicios razonables que lo lleven a tomar la decisión más prudencial referente al tema y que lo pueda llevar a trazar una delgada línea hacia la verdad, entendiéndose ésta como el raciocinio de mayor aceptación, como una forma de justicia idónea para los casos en que se necesite su valoración y sana crítica; sin lugar a dudas, este caso enmarca una situación atípica en el derecho colombiano, pero que va agarrando fuerza con el pasar de los tiempos y se va tomando conciencia que no es solo la tierra de los hombres, sino que estamos en convivencia con otros seres sintientes, y en estas sentencias demarcadas anteriormente, se muestran conceptos que van encaminados a salvaguardar la colectividad de los seres sintientes.

Es un caso en donde se necesita visualizarse más allá de una fría norma y entrar en contexto con la realidad; como vemos “El juez carece de discreción y, por tanto, de poder político. La verdadera respuesta corresponde a la teoría que es capaz de justificar del mejor modo los materiales jurídicos vigentes. (Monroy, 2006, p. 415).

Hasta qué punto la interpretación es un garante del deber ser por parte de los jueces para lograr una verdadera competencia y justa decisión, quizás la interpretación resulte más peligrosa que la moral a la hora de tomar decisiones, para determinar una disposición o crear un concepto que conlleve a regular de forma adecuada esa situación fáctica inmediata; la moral es un concepto, por llamarlo de alguna manera, socialmente aceptado por una

conciencia colectiva que ha determinado que ese actuar, es negativo o positivo; de la interpretación, el juez corre el peligro de ser sumergido por sus ideales para hacer una exégesis, si bien quizás no será la más acertada ni racional, será para él la que más encaja dentro de ese proceder, que conlleve a una realidad en derecho o una toma de decisión justa.

La discrecionalidad del Juez puede llevarlo a trascender entre las fronteras de la creación de nuevas sentencias, trazadas por los límites bien sea de una invención o elucidación de un Caso difícil, en donde usualmente los administradores de justicia se ven obligados a discernir referente a la temática, es así, como entonces puede verse imbuido por unas suposiciones no técnicas y conformes a lo preestablecido en su vida para determinar un actuar en las situaciones establecidas, pero hasta qué punto es pertinente que se tenga esta viabilidad, ya que estos sujetos deben tener una idoneidad única y apta para forjar una discrecionalidad correcta que vaya acorde al tiempo y lugar de la decisión o puede que sea simplemente un interpretador potencializado, acorde al caso en concreto .

El presente trabajo constará de ingredientes especiales, poco utilizados en otros trabajos y con mucha relevancia que lo hará un proyecto idóneo para ser valorado y leído por muchos amantes del derecho, del medio ambiente y otras temáticas tratadas al respecto dentro del mismo texto



## Capítulo I

### 1.1 Planteamiento del problema

Las tensiones suscitadas entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo, en torno a las decisiones judiciales, van sujetas a la instrumentalización que se da en los contextos jurídicos, en el momento de la implementación del derecho objetivo por los organismos judiciales a los casos en particular, pueden acontecer tensiones en la aplicación del derecho positivo con el sentido de la justicia, enfocado en los postulados del iusnaturalismo.

La discrecionalidad del Juez aunada a su sentido de justicia puede llevarlo a trascender las fronteras formales y decantarlo en la creación de jurisprudencias originales (Cifuentes,2013), a través, no solo de la interpretación de normas en un caso difícil, en el cual usualmente los administradores de justicia se ven obligados a discernir referente a la temática compleja del caso, sino que también pueden verse imbuidos en unas suposiciones que trascienden el tecnicismo jurídico, conforme a lo preestablecido en código interno de justicia.

En la concepción de Hart denotan contradicciones en donde no exista una norma exactamente aplicable, el juez debe decidir discrecionalmente. Dworkin ataca esta tesis y en su lugar propone la tesis de la respuesta correcta. Expresa que el material jurídico compuesto de normas, directrices, y principios es suficiente para dar la respuesta correcta al problema planteado. (Monroy, 2.006, p. 34)

Ha sostenido Dworkin, al respecto, que “Las partes en un proceso tienen derecho a obtener una solución acorde con el ordenamiento jurídico preexistente; este derecho opera

tanto en los casos fáciles como en los casos difíciles y, por lo tanto, los jueces no gozan de discrecionalidad ni de poderes excepcionales de creación de normas jurídicas (Rodríguez, 2015, p.35).

“La elección de la solución al caso y los métodos son cuestiones de política jurídica y no de ciencia jurídica. Al interpretar una ley, el intérprete no pone en juego únicamente su inteligencia, sino su voluntad. Y al ponerla en juego, elige, entre varias posibles, una de las soluciones que el precepto ofrece, en relación con el caso singular. La elección es libre, porque no existe ningún criterio que permita decidir cuál de las interpretaciones debe prevalecer” (Monroy, 2006, p. 391).

Una condición necesaria para lograr focalizar estas rigideces, es que las metodologías que se utilicen para las interpretaciones del derecho sean las adecuadas para cada corriente en las cuales se genera esta situación, o hecho, y resulte así una comprensión total de la situación.

En el contexto legal existe una dinámica en donde el derecho positivo toma mayor participación en el ámbito social y esto va encausado a que en su totalidad los ordenamientos jurídicos dejan registrados cada una de esas nociones argumentativas, que a la postre, son convertidas en Leyes. Códigos, Ordenanzas etc.

En las teorías que representan al derecho natural, la vida es un pilar fundamental en donde no se puede menoscabar de forma arbitraria y contraria a lo establecido por la ley universal.

Para el derecho positivo conforme a los postulados en la Teoría Pura del Derecho, toda norma se produce de otra que la emana. En la época del holocausto Nazi es palpable un

choque de ideas entre derecho natural y derecho positivo, ya que, un agente estatal Nazi se limitaba a seguir las órdenes del superior jerárquico aniquilando a miles de personas, aunque esto estuviera totalmente desprovisto de ética y moralidad; vulneraba de esta manera el derecho natural, pero acata las directriz de un derecho positivo sustentado por un líder en aquella época, aun cuando existían precedentes anteriores como la constitución de Weimar, donde los nazis tendrían, en teoría que tener un discernimiento claro en su actuar. Surgiría entonces la interpretación de un juez para dirimir esa controversia palpable, con base, a los conceptos preceptuados.

Entiéndase el Holocausto como la persecución y el asesinato sistemático, burocrático y organizado y auspiciado por el Estado de seis millones de judíos por parte del régimen nazi y sus colaboradores. "Holocausto" es una palabra de origen griego que significa "sacrificio por fuego". Los nazis, que llegaron al poder en Alemania en enero de 1933, creían que los alemanes eran una "raza superior" y que los judíos, considerados "inferiores", eran una amenaza extranjera para la llamada comunidad racial alemana. Durante la era del Holocausto, las autoridades alemanas persiguieron a otros grupos debido a su percibida "inferioridad racial": los romaníes (gitanos), los discapacitados y algunos pueblos eslavos (polacos y rusos, entre otros). Otros grupos fueron perseguidos por motivos políticos, ideológicos y de comportamiento, entre ellos los comunistas, los masones, los testigos de Jehová y los homosexuales (Arrieta, 2016, p. 143).

Es clara la ideología en la cual estaban basados los nazis, tomando como punto de partida sus percepciones individuales y positivas de un caudillo, el cual logra efectuar una coacción intelectual al respecto hacia sus conciudadanos con el fin de lograr instaurar sus ideales,

sus posiciones intelectuales, nacionales, democráticas; desconociendo de manera desproporcionada el derecho que poseían los demás ciudadanos independientemente de su posición sociocultural; se vulneraron derechos de otros anteponiendo a estos, la intención de potencializar una sola raza, que a la postre, resultó perturbando el buen desarrollo en convivencia de todos. En la Alemania nazi como se ha plasmado anteriormente, el antisemitismo de Hitler sirvió para aprobar leyes. Esas leyes sirvieron para ejecutar uno de los actos más viles que ha visto la humanidad.

En el ámbito nacional, el derecho natural toma una especial relevancia, porque si bien es cierto nos encontramos en un Estado Laico, la Iglesia aún sigue teniendo un papel preponderante en la guía de la Nación, lo que hace relacionar aquel derecho inmutable y universal con sus postulados teológicos en diferentes temas de materia legal, pero que tiene alguna relación con la moral y así focalizarlos en la decisión judicial, partiendo de las ideologías del juez; no obstante, existe la contraposición a esto, que es la moral laica en donde la religiosidad no tiene preponderancia alguna en la toma de decisiones por parte de los entes estatales, a favor o en contra de cualquier proceso que se llevase, con una invención a lo tradicional, a lo religioso (Arrieta, 2018). En anteriores constituciones se invocaba la protección de Dios y era la guía en aquel entonces para una sociedad enraizada en costumbres religiosas. En la sentencia C-350 de 1994, al declarar inexecutable la consagración del país al 'sagrado' corazón de Jesús, la Corte se pronunció al respecto:” La constitucionalidad de la consagración oficial de Colombia al Sagrado Corazón era plausible durante la vigencia de la anterior Constitución, la cual establecía que la religión católica era la de la Nación y constituía un esencial elemento del orden social. Pero esa consagración oficial vulnera el nuevo ordenamiento constitucional que establece un Estado laico y

pluralista, fundado en el reconocimiento de la plena libertad religiosa y la igualdad entre todas las confesiones religiosas”. Se trata de una consagración oficial, por medio de la cual el Estado manifiesta una preferencia en asuntos religiosos, lo cual es inconstitucional por cuanto viola la igualdad entre las distintas religiones establecida por la Constitución. En efecto, el proyecto de preámbulo que hacía de Dios, al momento de generar la Constitución actual “el fundamento de la dignidad humana y fuente de vida y autoridad para el bien común” bastante acorde con la cosmovisión católica- no fue adoptado por la Asamblea Constituyente, puesto que se consideró que la soberanía residía en el pueblo. Por ello la referencia que se mantuvo no establece la prevalencia de ningún credo religioso, ni siquiera de tipo monoteísta; se trata entonces de una invocación a un Dios compatible con la pluralidad de creencias religiosas.

Ius cogens, es una figura extremadamente necesaria y de mucho valor para el derecho en general.

Se definió el ius cogens por Erik Suy (1967) como: El cuerpo de reglas generales de derecho cuya inobservancia puede afectar la esencia misma del sistema legal al que pertenecen a tal punto que el sujeto de derecho no puede, bajo la pena de nulidad absoluta, apartarse de ellas por medio de convenios particulares. (Betanzos, 2.009 p.111)

Lograr puntualizar los postulados de mayor repercusión del derecho positivo y el derecho natural sería lo primordial, ya que, partiendo de esta base se pueden tomar las distintas nociones y comenzar a confrontarlas, haciendo énfasis en las controversia suscitada de la decisión judicial en torno a las sentencias AHC 4806-2017 y STL 12651-2017, de esta manera estaríamos al frente de juicios de valor relevantes para diseñar una posición crítica frente a cada corriente que se mencionan en este trabajo de grado, y así

comenzar a forjar ideas más certeras acerca de estas tensiones y en concreto de la decisión judicial en las sentencias mencionadas, las cuales son de vital importancia para forjar este trabajo, que no son de ayer ni de ahora, datan de tiempo atrás y por la connotación que resulta de estas líneas e ideas del Derecho es preciso encontrar postulados claros y concretos, que busquen demarcar dichas tensiones, también entrever los fundamentos más asertivos respecto al caso en concreto .

La antonimia resultante entre derecho positivo y derecho natural es palpable desde cualquier ámbito. Por una parte, encontramos una idea de Derecho en donde lo que impera es la construcción del hombre conforme a las leyes o derecho positivo, las cuales están determinadas por el tiempo, legisladores o forma de Estado. Por la otra, hayamos inmutabilidad del derecho natural, que es abstracto y del cual emanan principios fundamentales para cualquier legislador, o administrador de justicia para dirimir conflictos en derecho, pues tales principios o postulados son inherentes a todo Sujeto de Derecho; de modo que el derecho natural puede convertirse en una herramienta que sirva de apoyo para encontrar con el uso de la discrecionalidad, por parte del administrador de justicia, la solución en determinados casos judiciales.

El derecho positivo busca, adaptarse a la mutabilidad constante que sufre la sociedad, conforme a todos los avances a nivel económico, intelectual, científico y demás, para lograr la mayor adaptabilidad posible a todos los fenómenos sociales y medio ambientales que puedan surgir en las distintas culturas o estructuras económico-sociales.

El derecho positivo en su contenido estricto está diametralmente opuesto al de la naturalidad; entendiendo que las problemáticas de los distintos conglomerados sociales a nivel mundial son de diferentes índoles, por ello el derecho positivo no se mantiene en una

posición fija y determinante para cada Estado, puesto que factores condicionantes como la cultura y la ideología inciden al momento de elaborar y expedir una constitución, códigos etc., puesto que dichos factores no son iguales en todas las comunidades. Partiendo de estas premisas se entendería que el resultado del derecho positivo por cada nación, será diferente, pues lo que se establece en una nación como justo, probablemente para otra sociedad será totalmente aberrante y desgarrador. Por tanto, los postulados del derecho positivo no solo entrarían a dirimir un conflicto, sino que con fundamentos en los mismos podrá superar las tensiones que se suscita con el derecho natural. No obstante, a ello, en los países protestantes encabezados por las ideas de Martín Lutero manejan una óptica del iusnaturalismo diferente al de los países manejados como reinos, tales como Inglaterra y España, por lo que no hay un solo camino para el iusnaturalismo; la neutralidad como puede observarse, suele ser en el derecho natural una mera expectativa, ya que tiene vertientes diferentes sin desconocer su inmutabilidad.

De manera que, se puede observar que existen ciertas lagunas a la hora de encaminar el Derecho en general hacia un punto fijo, el cual debiera ser diáfano no solo para los estudiantes de las leyes, sino asimismo para los abogados y la sociedad en general, a fin de penetrar las paredes de utopías que se generan por dichos vacíos y que no dejan consolidar un derecho único, real y más justo para una sociedad que no logra depositar del todo su confianza en la justicia.

Desde los tiempos pasados, Heráclito expresó su conocimiento referente a la lucha de contrarios en donde manifestaba que: “Entiende que el universo todo está expresado en una tensión que se genera entre opuestos. Así la salud se opone a la enfermedad, la juventud a

la vejez, la riqueza a la pobreza, la fuerza a la debilidad, la vida a la muerte, el día a la noche, la luz a la oscuridad, etc. (Filosofía y ciencia jurídica, Londero).

En ese orden de ideas, en las contradicciones expresados por este antiguo pensador, podríamos incluir de igual manera al derecho positivo y al derecho natural, dos tendencias diametralmente opuestas que no aceptan configurarse bajo una sola posición, sino todo lo contrario, se mantienen en una lucha que pareciera eterna, en vez de alinear una tesis que se ajuste más a la necesidad de la sociedad.

Esto hace que los contrarios se entiendan como relativos y, con ello, que podamos establecer diferencias entre uno y otro, por eso es que Heráclito dice que, solo conociendo las cosas injustas, podemos entender las justas. (Castro, 2016. p.36)

Se puede dilucidar de las posiciones de distintos pensadores (Nietzsche), lo referente a lucha de contrarios, en donde se puede hacer converger dos unidades hacia la resolución de un conflicto, en la medida que tengan la suficiente armonía para lograr la superación del conflicto que los atañe,

Con esto surge una incógnita. ¿Qué postulados provistos por el iuspositivismo y el iusnaturalismo, pretenden la conciliación o solución, de la lucha de los contrarios o lucha entre los diferentes? En nuestra actualidad el derecho positivo, por la codificación de los derechos humanos y normas concordantes -partiendo de sus antecedentes con la Carta Magna inglesa y la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano-, y el derecho natural con sus invaluable y transcendentales principios que se mantienen incólume para el bienestar social, buscan, sin lugar a dudas, dicha conciliación para lograr satisfacer las necesidades apremiantes de justicia en la sociedad, y a cada uno de los integrantes de ésta.



De modo que se puede llevar una vida socialmente justa y acorde a los preceptos, que se logren conciliar con dichas ideologías, pero esto no basta, se necesita que no sean solo lindas frases plasmadas, sino que se traduzcan en acontecimientos reales, que día a día irradian destellos de mejores tiempos, basados en una justicia social, con igualdad y equidad para todos. La pregunta problema que surge del planteamiento del problema es la siguiente:

¿Cuáles son las tensiones surgidas entre el derecho positivo y el derecho natural en la decisión judicial de las sentencias AHC 4806-2017 y STL 12651-2017?

## **1.2 Justificación**

El derecho positivo y derecho natural, son vertientes diametralmente opuestas, pero reconocidos aún en el tiempo. La tendencia naturalista está menos arraigada y en desuso por gran parte de los Estados Sociales de Derecho; no obstante, a ello en el derecho colombiano sigue teniendo permanencia en el tiempo, conforme a lo argumentado y citado en la jurisprudencia colombiana, y desarrollado concretamente en la sentencia C 284-2015 (Sentencia C- 284. Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 4º parcial de la Ley 153 de 1887, 2.015) en donde se defiende el uso del derecho natural con sus principios, servirán como interpretación de la constitución ante aquellos casos en los cuales el derecho positivo, no logre cubrir el tema desarrollado en los hechos expuestos, y es así como dichos principios toman una vital importancia a la hora de tomar la correcta decisión judicial, entorno a los casos concretamente señalados para su utilización, y para que el derecho en general logre llevar a cabo sus fines sociales.

Se encuentra en esta sentencia unas pautas a seguir por parte de los administradores de justicia para usar estos principios inspirados por el derecho natural (Perozo y González, 2017); en cualquier caso el uso de los principios de derecho natural se encuentra sometido a algunos límites: solo resulta posible cuando después de acudir a los métodos de interpretación literal, sistemático, teleológico, histórico o aquellos otros acuñados por la jurisprudencia constitucional para fijar el sentido de la Carta, persisten dudas insuperables acerca de su interpretación; no puede conducir, en ningún caso, al desconocimiento o infracción de ninguna norma formalmente incorporada a la Carta o integrada al bloque de constitucionalidad.

Adicionalmente, la invocación de un principio del derecho natural impone una carga de argumentación especialmente exigente que se traduce en el deber de demostrar con argumentos racionalmente controlables que la existencia y pertinencia del principio puede ser fundamentada y que ha sido reconocido de manera amplia por la doctrina más autorizada en la materia.

Son casos extremadamente “atípicos” que resultan de la imposibilidad de tomar una correcta decisión judicial con los argumentos dados por el derecho positivo, conforme a cada uno de los parámetros establecidos por el iuspositivismo en sus postulados, en donde se busca una heterointegración, como en estos casos particulares, en los que a falta de una autointegración de ideas y procedimientos para desarrollar de la mejor manera posible un caso, llegan en determinados casos hacer uso del iusnaturalismo para dar la mejor solución posible.

Estos principios naturales que se dejan plasmados en esta sentencia, y en el desarrollo del iusnaturalismo, no están enfatizados en aquellos preceptos teológicos, como se pudiese llegar a tergiversar dentro del razonamiento lógico; se deja en claro que va

encaminado solo como un criterio de lo humano y no como un credo religioso o principios religiosos.

En este Estado Social de Derecho el reconocimiento de los principios del derecho natural como criterios para ilustrar la Constitución en casos dudosos, no desconoce el mandato de promover la seguridad jurídica ni la obligación de las autoridades de otorgar el mismo trato que pudiese dar en el iuspositivismo, dado que no supone un riesgo extraordinario de duda en la interpretación de la Carta. En efecto, acudir a los principios del derecho natural solo puede ocurrir cuando la dificultad interpretativa ya existe en el caso concreto y lo único que se pretende es identificar algún criterio que permita superar la duda sin desconocer, en ningún caso, las normas objeto de aplicación.

Para ello en el presente proyecto de grado, se acudió a un caso de vital importancia contemporánea, para el derecho actual, en donde se pudiera corroborar estas teorías en la aplicabilidad de dichos conceptos, en casos concretos.

El caso del oso Chucho es un claro ejemplo de la forma en que estas dos sentencias en la actualidad siguen teniendo diferencias relevantes y en donde se ve el uso del iuspositivismo como corriente ideológica para lograr salvaguardar cada uno de los derechos a los cuales tiene éste, como afluente de nuestro ecosistema.

Es la oportunidad de presentar esta temática de trascendental importancia social y ecológica, además, visualizar todos los tópicos concernientes a la misma, ya que en ocasiones en las instituciones donde se prestan servicios de enseñanza del Derecho dejan en segundo plano a la Filosofía del Derecho, que es un puente tendido entre la verdad del derecho y todos aquellos que buscan nociones firmes acerca de las Ciencias Jurídicas, y un camino que siempre ha de cruzarse, pero, con la convicción de que una vez se camine por

éste, estamos ante la posibilidad de encontrar “nuevas verdades”, pues en el Derecho todo cambia todo es mutable,

La Filosofía del Derecho es un tema que incumbe a todos y a nadie, y por tal motivo se necesitan medidas que vayan concatenadas y estructuradas a potencializar esta rama del derecho en todas las aulas de clases, con el fin de despertar ese espíritu guardado en cada aprendiz de este bello arte, y visualicen soluciones más allá de lo que expresa una fría norma; y que mejor manera de llevar estas ideas a una realidad minimizada por simples leguleyos, que enseñando a identificar las tensiones entre derecho natural y derecho positivo en procura de una correcta decisión judicial, en un caso concreto y así tener una conciencia diáfana de todo el significado y preponderancia que tiene la Filosofía del Derecho para la sociedad y las decisiones de los administradores de justicia. Trabajos de esta índole repercuten de una manera positiva en el estudiantado y no estudiado, porque, coadyuva a visualizar el Derecho desde otro punto de vista y no desde el que se enseña bajo una frío libro con heladas normas.

Finalmente, el trabajo será de magna importancia para el público en general, y especialmente para aquel que busque enriquecerse con el tema en cuestión, con el propósito de obtener de mayores conocimientos.

### **1.3 Delimitación**

Este trabajo se desarrollará conforme a las sentencias dictadas por las cortes nacionales en 2.017 conforme a las decisiones judiciales en las sentencias AHC4806-2017 y STL12651-2017, como eje central.

## **1.4 objetivos**

### **1.4.1 Objetivo general**

Explicar las tensiones entre derecho natural y derecho positivo frente a las decisiones judiciales en las sentencias AHC 4806-2017 y STL 12651-2017,

### **1.4.2 Objetivos específicos**

Indicar las implicaciones teóricas del iusnaturalismo y del iuspositivismo.

Identificar la caracterización de las tensiones entre el derecho natural y el derecho positivo.

Determinar las tensiones entre derecho natural y derecho positivo en las providencias judiciales AHC 4806-2017 y STL 12651-2017.

## **Capítulo II**

### **2.1 Marco Conceptual**

Hablar de derecho positivo y derecho natural es hablar de una historia de ahora y de siempre, pues son conceptos que van inmersos en la sociedad aun cuando en ésta no se haya configurado del todo dichas nociones, por tanto, se hace necesario entonces hablar de conceptos que se dan en referencia a tales derechos. En primer lugar, describiremos la percepción de Aristóteles conforme a las leyes naturales, ya que éste es de la corriente y postulados que van acorde al derecho natural.

En la *Ética Nicomaquea* de Aristóteles habla de los puntos mencionados de la siguiente manera: “La Justicia política puede ser natural y legal: natural la que tiene en todas partes la misma fuerza y no está sujeta al parecer humano: legal, la que considera las acciones en su origen indiferentes, pero que cesan de serlo de una vez ha sido establecida, por ejemplo, que el rescate sea una mina o que deba sacrificarse una cabra y no dos ovejas, y todas las leyes para casos particulares como ofrecer sacrificios en honor de Brásidas, o las decisiones en forma de decretos. Algunos creen que toda justicia es de esta clase, pues lo que existe por naturaleza es inamovible y en todas las partes tiene la misma fuerza, como el fuego que quema tanto aquí como en Persia, mientras que las cosas justas observan ellos que cambian. Esto no es así, aunque lo es un sentido. Quizás entre los dioses no lo sea de ninguna manera, pero entre los hombres hay una justicia natural y, sin embargo, toda justicia es variable, aunque haya una justicia natural y otra no natural. (Massini, 1999, p. 66)

Acerca del tema de desarrollo se encuentran innumerables autores que buscan brindar con el mayor asertividad posible un concepto adecuado referente al asunto objeto de estudio, y de esa forma brindar panoramas realmente claros, que faciliten la interpretación del derecho en pro de obtener resultados satisfactorios para la consecución de justicias en todos los ámbitos en se puede concentrar. Al respecto García Maynes, expresa:

“Problema muy debatido por los juristas es el concerniente al llamado derecho natural. Suele darse esta denominación a un orden intrínsecamente justo, que existe al lado o por encima del positivo. De acuerdo con los defensores del positivismo jurídico sólo existe el derecho que efectivamente se cumple en una determinada sociedad en una cierta época. Los partidarios de la otra doctrina aceptan la

existencia de dos sistemas normativos diversos, que hace consistir en el distinto fundamento de su validez. El natural vale por sí mismo, en cuanto intrínsecamente justo; el positivo es caracterizado atendiendo su valor formal, sin tomar consideración la justicia o injusticia de su contenido. La validez del segundo se encuentra condicionada por la concurrencia de ciertos requisitos, determinantes de su vigencia. Todo precepto vigente es formalmente válido. Las expresiones vigencia y validez formal poseen nuestra terminología igual significado. Estos atributos pueden aplicarse, según dijimos antes, tanto a las disposiciones establecidas legislativamente como a las reglas nacidas de la costumbre. Frente a tales preceptos, los de derecho natural son normas cuyo valor no depende de elementos extrínsecos.” (García, 2.003, p. 40)

## **2.2 Marco Histórico**

En este aparte del proyecto de grado se expondrán los aportes más relevantes en la historia del derecho natural y derecho positivo, que son puntos necesarios a tratar para encontrar e interpretar de la mejor manera cada una de las tensiones que sean identificadas entre iuspositivismo e iusnaturalismo.

El canonista Rufino, casi en los inicios de la escuela de Bolonia, reconocía que la doctrina iusnaturalista elaborada por los legistas, es decir, por los juristas que se ocupaban del derecho romano, era muy distinta de la que había quedado establecida en el Corpus Iuris Canonici (Carpintero, 2.016, p. 16)

Es decir, las fuentes romanas distinguen entre la constitución 'originaria' del hombre, y la vida social tal como es hoy, esto es, entre un derecho natural y un

derecho de gentes. El derecho natural es entendido en principio como un estadio ya superado en la historia de la humanidad. Se trataría -tal como lo expone Ulpiano- de una etapa histórica en la que todos los hombres fueron igualmente libres (porque no habría existido ninguna relación jurídica, alguna jurisdicción) y no existían tampoco propiedades privadas. Para entender esto es fundamental la declaración de Digesto, conocida usualmente como la 'ley' *Ex hoc iure*, quizá unos de los textos escritos más importantes y decisivos de nuestra cultura ético-jurídica. El derecho de gentes, en cambio, que 'comenzó después', introdujo las propiedades, y con ellas las guerras, y como consecuencia de las guerras, las esclavitudes. Introdujo, igualmente, el arte de construir edificios, la vida en las ciudades, el comercio, buena parte de los contratos, etcétera. Es decir, el '*Jus gentium*' introdujo la vida social derogando buena parte del derecho natural. Que el derecho natural pueda ser derogado planteaba una serie de cuestiones que dejo para más adelante. Lo cierto, ahora, es que estos eran algunos de los textos básicos que tenían a la vista cualquier jurista y cualquier teólogo desde el siglo XI al siglo XVII, cuando querían conocer y estudiar qué era el *ius naturale*. (Carpintero, 2016. págs.18-19)

El cristianismo o fe religiosa, ha tenido exponentes que han dado sus posiciones referentes a la temática en cuestión, entre ellos encontramos a Tomás de Aquino, quien en alguno de sus postulados considera:

La ley, genéricamente, como un cierto dictamen de la razón práctica del que gobierna una comunidad perfecta. Es un dictamen de la razón, no sólo de la voluntad. Sucede que el de Aquino no concede substantividad imperativa a los simples dictados de la voluntad,



porque no cree en una esfera de la realidad que constituya algo así como un deber ser con autonomía propia, al margen del conjunto de lo humano. (Carpintero, 2.002, p.119)

La ley es universal e inmutable, y superior a las leyes humanas. Sus preceptos son muy generales, y podrían reducirse a uno solo: hacer el bien y evitar el mal. Pero santo tomas da algunos ejemplos: pertenecen a la ley natural aquellas reglas por las cuales se conserva la vida del hombre y se impide lo contrario; las que permiten hacer lo que la naturaleza enseñó a todos los animales, como la unión de los sexos, la educación de los hijos y otras situaciones semejantes a las mencionadas en los apartes anteriores a este postulado, que hacen énfasis en el correcto transcurrir. (Enciclopedia Jurídica, 2.014)

Es entonces Tomás de Aquino un precursor importante de la ley natural en los tiempos del medioevo, ya que visualiza un entorno, que está regido por la secularización de la iglesia, pero no obstante a esto, da su toque de intelectualidad a estos preceptos y colocarlos en la palestra pública.

La obligación de no dañar a otros, porque se incurriría en una afectación a lo religioso. Esta teoría fue desarrollada por los teólogos españoles, especialmente Domingo Soto (de *justitia et iure*, 1556) y Francisco Suárez (*tractatus de legibus ac deo legislatore*, 1612). Convertida en la doctrina oficial de la Iglesia católica, ha encontrado en este siglo nuevos y brillantes expositores, que forman el movimiento que se ha llamado el renacimiento del derecho natural. (Enciclopedia Jurídica, 2014)

La escuela estoica considera que los seres racionales deben vivir de acuerdo con la recta razón, porque viviendo así viven de acuerdo a la naturaleza y esta los conduce a vivir según la virtud, o sea, según la razón universal que rige y gobierna al universo. (Monroy, 2006),

El derecho natural tiene un fundamento puramente racional y se basa en el instinto de sociabilidad propio de la naturaleza humana. Hugo Grocio, definió el derecho natural como “aquello que la recta razón demuestra conforme a la naturaleza sociable del hombre”. El derecho natural debe coincidir con las exigencias de la naturaleza humana. Pero los diversos autores discreparon acerca de lo que se debía entenderse por naturaleza humana (Monroy, 2.006, p. 10)

La escuela española, manifiesta que la inclinación natural del hombre es buena y de ninguna manera tiende o a cosa contraria a la virtud (Monroy, 2.006, p.15).

Continúa expresando esta escuela con respecto al derecho natural: “La ley natural es la participación subjetiva en la ley eterna. La ley natural es verdadera ley y el derecho natural es verdadero derecho. (Monroy, 2.006, p. 16)

Con la influencia de la escuela clásica del derecho natural, la Revolución Francesa en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, estableció en el artículo 22, como derechos naturales e imprescriptibles, la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión; se ve entonces el legado intelectual de la escuela clásica del derecho natural para lograr cambiar ciertos paradigmas que regían en aquel entonces.

Una concepción del derecho natural o derecho justo ha subsistido y se hace presente en nuestros días, pero no como un código o leyes absolutas, sino más bien como un conjunto de direcciones críticas al derecho positivo, como un ideal de contenido variable que pretende una corrección y perfeccionamiento del derecho vigente. (Valencia, 2006, p.417).

Tres son según Villey las etapas que cabe distinguir en el proceso de formación del pensamiento jurídico moderno. Una primera a la que no duda en llamar en pre

moderna que se inicia ya en el siglo XIV y que a su juicio tiene su fuerza motriz en la filosofía política y moral de J. Duns Escoto y sobre todo de G. DE Occam a quien atribuye por lo demás el origen de la noción del derecho subjetivo. Una segunda considera la transición cuyo principal exponente es la Escuela de Salamanca y singularmente su fundador nunca suficientemente ponderado Francisco de Vitoria y una tercera etapa de configuración definitiva que según Marceuno Rodríguez está representada por dos autores, Hugo Grocio y Thomas Hobbes (Rodríguez, 1.992 págs. 291-292)

Hugo Grocio es un pilar en la formación del derecho natural y de sus preceptos y postulados modernos. Se expondrá entonces, nociones referentes a este académico del derecho natural.

Lo que sí es verdad es que quien inicia la configuración definitiva de la versión moderna del derecho natural es Hugo Grocio, sin romper bruscamente con la doctrina anterior de corte escolástico inicia el despegue definitivo hacia una nueva configuración de ella y sienta las bases para una nueva manera de entender el problema del derecho natural. Una de las características principales que el Derecho natural presenta en Hugo Grocio es que con él el término *ius* adquiere una significación preponderante, lo cual supone una clara *juridificación* del derecho natural. Anteriormente, en toda la ya larga historia del iusnaturalismo latino, había predominado el término *ex*, ya desde la doctrina estoica, hablándose más de *ex natura lis* que de *iusnaturale*. Ahora la primacía corresponde a este último. De acuerdo con ello, se disuelve aquel esquema jerárquico de *ex aeterna*, *lexnaturalis* y *lex humana*. Hugo Grocio ya no menciona

la *ex aeternay*, aunque hable de *Ius divinum*, éste ya no tiene en su obra una conexión jerárquica, y mucho menos necesaria, con *ellus naturaeo* el *I us humanum*, como ocurría con la doctrina de las leyes eterna, natural y humana. Por otra parte, *ellus naturae* grociano ya no aparece enmarcado en el cuadro de una Teología moral como ciencia teológica que trata de los actos humanos y de su principio regulativo exterior que es la ley, sea ésta eterna, natural o humana, la cual todos ellos deben ajustarse para conseguir la rectitud moral. Es más, a partir de Grocio, el Derecho natural se constituye como nueva ciencia independiente con su peculiar objeto.

Todo esto, sin embargo, no quiere decir que exista una ruptura brusca con el iusnaturalismo escolástico. Mucho menos supone un total olvido de la antigüedad clásica, a la que Grocio, por su formación humanista, concede mucho mayor relieve que el iusnaturalismo Escolástico, como lo prueban las múltiples alusiones de su obra a los clásicos griegos y latinos. Una última característica importante procede de su filiación religiosa: Grocio era protestante reformado. Por eso en su obra iusnaturalista otorga una importancia primordial a las citas bíblicas, que comenta con una amplitud a veces desmesurada. Quizá sea esta la única huella que en él queda de la Reforma, ya que las tesis que caracterizaron el primer derecho natural protestante brillan por su ausencia. (Rodríguez. 1.992. págs. 293-295)

Se ve con Grocio la forma en que hay una independización del derecho natural con las creencias religiosas, que venían predominando hasta ese entonces; es un impulso significativo para el derecho lograr este desmembramiento y así tener conceptos que vayan fijando propiamente al accionar del derecho.

Grocio establece un punto de partida para la concepción del derecho natural, habla de la siguiente manera al respecto: “es la afirmación de un Derecho natural que ha de ser *immutable*, como elemento esencial del ser mismo del Derecho, estimando que, de no ser así, sería vana toda inquisición acerca del Derecho”. (Rodríguez. 1.992. p.295).

Como se nota, da un punto de partida, y es la inmutabilidad que deben tener los postulados en derecho natural, para que de esa manera se logre armonizar y sincronizar las ideas que se tienen de las distintas acciones humanas.

Estos principios fueron ya sintetizados por los romanos, al decir: *iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non Laedere, suum quique tribuere*. (Los preceptos del derecho son estos: vivir honestamente, no dañar a otros, dar a cada uno lo suyo). Vivir honestamente significa, en el caso, actuar de acuerdo con las normas morales que se incorporan al orden jurídico; no dañar a otros constituye una de las bases fundamentales de los derechos civil y penal; y dar a cada uno lo suyo es lo que exige la justicia como finalidad suprema del derecho. (Enciclopedia Jurídica, 2.014).

Un derecho positivo como se ha establecido es aquel que se encuentra plasmado en códigos, leyes, pues en este sentido es imperioso tomar como referente el derecho romano.

En este sentido la Ley de las XII Tablas resulta bastante excepcional. Según la tradición, se originó el movimiento reivindicatorio de los plebeyos en busca de la igualdad jurídica. A mediados del siglo V.a C, se crea una magistratura con esa finalidad. Terentilio Arsa, tribuno de la plebe, hace la propuesta de dicha ley en el 461. Los patricios que se oponen a ella. En el 454, se constituye una comisión extraordinaria de diez patricios, para escribir las leyes con potestad consular. Las diez primeras tablas recibieron la aprobación de los comicios centuriados. Una

nueva comisión con participación de plebeyos, redacta las otras dos en el 450, que, vienen a ser aprobadas, a solicitud de los cónsules Valerio y Horacio, en el 449.

(Medellín Aldana, Medellín Forero, Medellín Becerra, 2000, P. 26),

La ley de las 12 tablas da seguridad al conocimiento público del *ius quiritium*, y aunque el texto completo de la ley, no se conoce pues se cree que las tablas originales fueron destruidas en el incendio de los galos hacia el siglo IV a.c., su contenido se transmitió en forma oral y se comentó en distintos textos jurídicos como en las instituciones de Gayo, (Medellín Aldana, Medellín Forero, Medellín Becerra, 2000, P. 26),

De esta manera se vislumbran y se plasman en la historia los primeros vestigios del derecho positivo, para dar con ello paso a una larga exposición de doctrinas, teóricos, y demás para obtener una visión más amplia en lo que respecta al derecho positivo, por lo que se expondrá en este proyecto de grado varias posiciones al respecto.

De acuerdo con los defensores del positivismo jurídico sólo existe el derecho que efectivamente se cumple en una determinada sociedad o época. (García, 2.003. p.40)

Asimismo, se encuentran como sus más grandes exponentes Hans Kelsen y su célebre libro *Teoría Pura del Derecho* al igual que H. L Hart.

Hans Kelsen plantea con referencia a *La Teoría Pura del Derecho*, que debe ser considerada como una teoría general del derecho positivo, que obtiene sus conceptos fundamentales después de un análisis comparativo de los varios sistemas positivos, puede ser considerada entonces como una teoría del mismo (Reyes, 1.992, p.27)

Al calificarse como teoría “pura” indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición.” (Kelsen 2.000).

En el siglo XIX cuando la historia del derecho (como prácticamente todas las ciencias humanas) trata de conseguir un estatuto bastante específico y “científico” como área de saber. Es evidente que tales esfuerzos no son “neutrales” ni están aislados de las circunstancias históricas que los rodean. Por un lado, en el siglo XVIII se produce el uso de la historia del derecho simplemente para justificar los resultados de la dogmática (como ocurría en el seno de la pandectística alemana – *usus modernus pandectarum*–); por otro, con las revoluciones burguesas, la historiografía jurídica insistía en la naturalidad del nuevo orden, en contraste con la irremediable historicidad del orden social y político postrevolucionario. De cualquier modo, la historia del derecho es desde entonces una disciplina que forma parte de los currículos de las facultades de Derecho de Europa y que, por tanto, desempeña un papel importante en la formación de los juristas (a pesar de las fuertes oscilaciones de su metodología y de sus compromisos teóricos e ideológicos) (Fonseca. 2.012. p.37)

Se nota entonces la imperiosa necesidad por parte del derecho de sistematizar todas esas nociones que se han ido forjando por los distintos doctrinante, y que guardan relación con las temáticas establecidas. Se indicarán otros elementos sobre la esquematización del derecho positivo, por lo que hoy se presenta estructurado y sistemático.

A pesar de que los presupuestos teóricos iniciales del positivismo, como dice Löwy, están relegados al museo de las ideologías del siglo XIX, el hecho es que la semilla

del positivismo y de sus premisas epistemológicas, sembrada a partir de la reflexión del filósofo francés Augusto Comte, estaba destinada a convertirse en uno de los pilares de la ciencia moderna. Y, de hecho, aunque pocas veces explícito pero muchas veces subyacente, el positivismo está presente en los análisis de diversas áreas de las ciencias humanas. Y para la comprensión del positivismo es necesario destacar, ya de entrada, que se trata de una corriente de pensamiento típicamente decimonónica. Ser una teoría del siglo XIX significa, en primer lugar, decir que se trata de una reflexión que se da en un contexto liberal (o que se va volviendo así progresivamente) y posrevolucionario. Las llamadas revoluciones burguesas acontecieron en el siglo XVIII y no al inicio del siglo XIX (hecha la excepción de la gran Gloriosa Revolución en Inglaterra, ocurrida en el siglo XVII). Y esto significa que es el siglo en el que la burguesía ya se instaló en el poder, que es una época en la que reina otro orden político. Las revoluciones burguesas significan exactamente que la burguesía, que ya era hegemónica desde el punto de vista económico, pasa a ser hegemónica también desde el punto de vista político. Se puede decir sin rodeos que el siglo XIX es el siglo burgués. Además de eso, y en parte por culpa de eso, el siglo XIX es el siglo del optimismo por los prodigiosos progresos científicos y tecnológicos que entonces se realizan, progresos sin par en la historia incluso si los comparamos con los progresos tecnológicos de los siglos anteriores cuando nació la ciencia moderna. El siglo XIX es heredero de la Ilustración triunfante, es el siglo que acredita al hombre de modo incondicional. Precisamente por eso el positivismo no podría nacer en otra época más que en el siglo XIX. (Fonseca, págs.41-42)



Se finaliza entonces, manifestando que existen grandes diferencias en los límites de la autoridad y de la aplicación del derecho. Pues, así como un mismo pueblo existen comunidades diferentes, y los Estados se unifican o se fragmentan, de igual forma la concepción sobre el derecho crean doctrinas diferentes. Por ello en la aplicación del derecho la autoridad debe alinearse con base a los principios que rigen a los fundamentales principios del derecho positivo o el derecho natural para definir los conflictos que surgen en seno de la sociedad para tomar la decisión correcta, lo que excluye la posible conciliación de las teorías del derecho comentadas: derecho positivo y derecho natural.

## **2.3 Marco Teórico.**

### **2.3.1 Derecho y Moral.**

La historia es sin lugar a dudas el testigo palpable de las distintas actuaciones judiciales que se han dado, por consiguiente, es preciso remontarnos a la Edad Media, época en la se infligían castigos feroces y públicos a las personas que violaban la normatividad vigente, según los postulados y directrices de los gobernantes (reyes). Pero lo contradictorio de esa época es que, a pesar de ser sumamente religiosa y exponentes de una moral intachable, a las personas que no practicaban el cristianismo eran consideradas “herejes”, impíos e indignos y sometidos a juicios y penas infamantes e inhumanas por su crueldad. Asimismo, se llevaron a cabo las llamadas “cruzadas” para “limpiar” las tierras santas de aquellas personas que no cumplían con los principios “morales” imperantes. Como se puede observar la moral puede ser una fuente o camino para obtener un manejo absoluto de ideales, pensamientos, y por qué no, del poder. Pero igualmente es una fuente inagotable y

perpetua, “una conciencia colectiva”, en donde, en principio, la sociedad ha de regirse para encaminar y lograr interpretar derechos mutables. Pero, esto necesariamente no quiere decir que la transgresión a una norma moral establecida sea la consecuencia de la inexistencia de una norma jurídica.

Tanto el derecho como la moral son sistemas normativos de la conducta humana. Es necesario precisar las relaciones entre la moral y el derecho, por cuanto en el proceso histórico se han presentado doctrinas que confunden los dos conceptos, y doctrinas que los distinguen. (Monroy, 2.006. p. 125)

El problema lo plantea Recasens Siches en los siguientes términos, “de un lado, parece que el derecho es algo esencialmente emparentado con ideas éticas, algo perteneciente al terreno de la ética, pero, de otra parte, presentimos que, aunque el derecho habite en el área, de lo ético, sin embargo, supone una regulación animada por un sentido diferente de aquel que inspira, a la moralidad, entendida esta en la más estricta acepción de la palabra”. (Monroy. 2.006. p.125)

En lo expresado en los párrafos anteriores se busca dar luces de lo que es derecho y moral, asociados a postulados que regulan el accionar humano, se pretende definir el concepto. Posteriormente se hará énfasis de estas ideas en el desarrollo de este proyecto de grado.

Respecto de las relaciones entre la moral y el derecho, hay diversas opiniones: a) una sostiene la subordinación del derecho a la moral; b) otra establece la independencia del derecho y la moral; c) una tercera dice que existen recíprocas influencias entre el derecho y la moral, sin que pueda hablarse de supremacía del uno sobre la otra. (Monroy, 2.006. págs. 129-130)

La opinión más correcta es la tercera. En efecto, tanto la moral como el derecho se encaminan a la creación de un orden; pero es diferente el orden de la moral del orden del derecho. Esto, por cuanto la moral actúa la conciencia (orden interior) y el derecho busca la coexistencia y convivencia pacífica de los asociados (orden social). Más hay independencia recíproca entre la moral y el derecho, ya que el comportamiento humano susceptible de las dos valoraciones, desde diverso punto de vista. (Monroy, 2.006. p. 130)

No hay contradicción entre la moral y el derecho, sino relaciones coherentes. Por último, es indispensable agregar que el derecho tiene contenido ético, esto es que el derecho se orienta hacia una serie de valores. (Monroy. 2.006. p.130)

Ahora bien, aunque el derecho tiene como fundamento principios éticos, sus soluciones pueden diferir de los ordenamientos de la moral, esto lo expresa Recaséns Siches, en los siguientes términos: “Que el derecho no pueda ni deba convertirse en un agente de la moralidad no, impide, sin embargo, que cree situaciones sociales favorables que los hombres se hallen en mejores condiciones para cumplir ellos mismos por sí sus deberes morales. El derecho no puede ciertamente imponer el cumplimiento de una virtud puramente moral, ni prohibir un acto vicioso que no dañe directa e inmediatamente a la convivencia y a la solidaridad, es decir, que no implique una injusticia inferida a otra persona o a la sociedad; pero puede e incluso debe, mediante normas adecuadas, suprimir, en la medida de lo factible, las tentaciones que constituyan un incentivo habitual y poderoso para conductas inmorales “. (Monroy. 2.006. p 130)

La influencia de la regla moral en el derecho, y especialmente en obligaciones civiles, ha sido evidenciada por Georges Ripert en su obra “La regla moral en las obligaciones civiles”. Es lógico que una conciencia que regula las relaciones

sociales debe tener en cuenta la ley moral y, al defender la concepción moral del derecho se está, luchando por el derecho. Ripert señala los principales aspectos de la influencia de la regla moral, en el siguiente párrafo “La regla moral puede estudiarse primero en su función normativa, cuando impide el abuso de la forma jurídica, que vendría a utilizarse con fines que la moral reprueba. Contra el principio de la autonomía de la voluntad, la regla moral eleva la necesidad en que están las partes de respetar la ley moral, la necesaria protección debida al contratante que se encuentra en estado de inferioridad y que es explotado por la otra parte. Enseña también que la justicia debe reinar en el contrato y que la desigualdad de las prestaciones puede ser reveladora de la explotación de los débiles; y siempre la duda en las convenciones, que son la expresión de una voluntad muy poderosa que doblega una voluntad debilitada. (Monroy. 2.006. págs. 130-131)

“Contra el ejercicio ilimitado de los derechos, la regla moral advierte que puede haber injusticia en extremar las prerrogativas de una facultad; que se debe controlar la acción del acreedor nacida del contrato y que liga al deudor hacia él; que juez debe apreciar con que ánimo y fin obra el que pretende ejercer un derecho; y, si esta acción es ilícita, negarse a su concurso”. (Monroy, 2.006 p.131)

“La moral nos enseña también que es necesario inquirir en los sentimientos que hacen obrar a los sujetos de derecho, proteger a los que son de buena fe, herir a los que obran con malicia o con dolo, perseguir el fraude y hasta el pensamiento fraudulento. Hay que ver hasta qué punto pueda acoger el derecho esta investigación de intenciones, este examen puramente subjetivo de las situaciones” (Monroy. 2.006. p. 131)

Aún desde otro punto de vista, la regla moral penetra en el mundo jurídico: cuando trata de encarnarse en una regla obligatoria de conducta y demanda el socorro del brazo laico. El deber de no perjudicar injustamente a otro es el fundamento de la responsabilidad civil; el deber de no enriquecerse a expensas de otro, la fuente de la acción del enriquecimiento sin causa. (Monroy, 2006, p. 131).

Como se pudo observar la moral es una fuente inagotable de preceptos y principios que encaminan al derecho hacia un mejor devenir, y que arraigado a los preceptos que establece la moral para la sociedad, pueden darse las condiciones para un mejor y correcto funcionamiento del conglomerado social y del ecosistema (Arrieta, 2018). Existe la necesidad de que el derecho en general, tome los postulados morales, para proteger en una forma más adecuada a todos los sujetos de derecho de todas las naciones en general (Arrieta López, 2018), y para el caso concreto del presente proyecto de grado, para que los seres sintientes no humano de nuestro ecosistema, sean amparados por reglas de una moral pública ecológica nacional e internacional., y tengan un trato equilibrado con respecto al reconocimiento de ciertos privilegios fundamentales.

### **2.3.2 Concepciones de Derecho Natural**

El derecho natural, a diferencia del positivismo, tiene una directriz marcada hacia la perpetuación de sus postulados. Es de aclarar que, a lo largo del tiempo, también han surgido distintas posiciones al respecto, que dependen del tiempo y lugar en que se sitúen los exponentes de este corriente del derecho.

Según Reibstein, Menchaca fue el primero de los maestros salmantinos que separó el derecho de la teología, al reivindicar para la jurisprudencia el tratamiento de las cuestiones

referentes a la ética y la teoría de la justicia, hasta entonces patrimonio de los teólogos (Contreras, 2014, p.174)

Se ha de entender que los preceptos del derecho natural se forman “tanto por las leyes que Dios infundió en la naturaleza de las cosas irracionales, del mar, por ejemplo, o de los vientos, como por aquéllas que grabó en la naturaleza humana”. Es decir, no solo por las reglas de la recta razón, sino también por aquellas que rigen al mundo físico. Con todo, Vázquez no maneja un concepto unívoco de “justicia natural”, “pero concede gran importancia a la [tradición] que lo entiende como la libertad natural que todos los hombres poseían en el status naturae”. (Contreras, 2014, p. 175)

La idea del derecho natural es un legado del pensamiento cristiano y del pensamiento clásico. Nos remonta a la filosofía del siglo XVIII, que la ha deformado más o menos, sino a Grocio, y antes de éste a Suárez y a Francisco de Vitoria; y más lejos a Santo Tomás de Aquino; y más lejos a San Agustín; y a los Padres de la Iglesia, y a San Pablo; y más lejos aún a Cicerón, a los estoicos, a los grandes moralistas de la antigüedad, y a sus grandes poetas, Sófocles en particular. Antígona es la heroína eterna del derecho natural, que los antiguos llamaban la ley no escrita, y el cual es el nombre que mejor le cuadra. (Maritain, 2002, p. 2)

Los grandes filósofos de la antigüedad sabían, los pensadores cristianos saben mejor aún, que la naturaleza deriva de Dios, y que la ley no escrita deriva de la ley eterna, que es la Sabiduría creadora. Por eso la idea de la ley natural o no escrita estaba vinculada en ellos a un sentimiento de piedad natural, a ese profundo respeto sagrado, inolvidablemente expresado por Antígona. Conociendo el principio real de

esta ley, la creencia en la misma es más firme y más inquebrantable entre quienes creen en Dios que entre los demás. Basta, empero, creer en la naturaleza humana y en la libertad del ser humano para estar persuadido de que hay una ley no escrita, para saber que el derecho natural es algo tan real en el orden moral como las leyes del crecimiento y la senilidad en el orden físico. (Maritain, 2.002 págs. 2-3)

Los orígenes históricos de la doctrina del derecho natural inmutables son confusos. En ese enorme “historycal gulf” (como lo llamaba FIGGIS), que va del siglo XIV al XVII, emergen tanto las tesis individualistas como sus opuestas, las que mantienen la existencia de una natura hominis desde que la resultan las normas del Derecho natural, tan inmutables como aquella naturaleza racional (Carpintero, 2.000, p. 239)

El derecho natural es el ordenamiento jurídico que nace y se funda en la naturaleza humana, no debiendo su origen, por tanto, a la voluntad normativa de ninguna autoridad, como ocurre con el derecho positivo. Es un conjunto de preceptos que se imponen al derecho positivo y que éste debe respetar. El derecho positivo está establecido y sancionado, para cada tiempo y cada comunidad social, por la voluntad del legislador, que representa la voluntad social; por lo tanto, se trata de un derecho variable, contingente, mientras que el derecho natural es un orden jurídico objetivo, no procedente de legislador alguno, que se impone a los hombres por su propia naturaleza; es objetivo e inmutable y conocido por la razón. (Martínez, 2.018, p. 1)

Por encima del derecho positivo, dimanante de un legislador, existe un derecho independiente, que se justifica en la exigencia misma de introducir en el concepto del

derecho y del estado el valor fundamental y original de la persona humana, y colocar este valor en el vértice de todo el sistema jurídico.

Es necesario señalar que las normas que integran el derecho natural son de carácter jurídico, una realidad jurídica objetiva y no unos principios de carácter moral o religioso. El derecho natural constituye un verdadero ordenamiento jurídico, con sus mandatos y prohibiciones, independiente de la voluntad humana y de toda reglamentación positiva. (Martínez, 2.018, p. 1)

El derecho natural está vigente a través de los ordenamientos concretos que lo incorporan, y es básicamente porque en cada postulado de estos se presume que existe una ley natural que lo antecede y de ahí parte, para lograr conformarse en figura exacta y escrita por lo que habrá de afirmar su condición de tal derecho. El derecho natural es derecho, tanto por la estructura de sus normas (enunciados prescriptivos relativos a comportamientos) como por su obligatoriedad (el derecho natural es aceptado como objetivamente obligatorio).

Los principios del derecho natural se basan en la naturaleza humana. Pero actualmente, al hablar del concepto de derecho natural, se alude no sólo a la naturaleza del hombre, sino a un conjunto de realidades en las cuales se desarrolla la convivencia social (factores culturales, sociológicos, etc.). (Martínez, 2.018, p. 1)

### **2.3.3 Derecho Natural, Aristóteles.**

Para la creación o sostenimiento del derecho se hace necesaria la existencia de una sociedad la cual se puede regular, por estos preceptos. Inicialmente hablaremos de uno de



los personajes más trascendentales que formularon postulados para explicar el derecho natural, y es Aristóteles.

Decía que solo un Dios o una bestia podían vivir alejados de la sociedad. La bestia porque no necesita del hombre para vivir y si el hombre viviera aislado, solo respiraría guerra porque sería incapaz de unirse con nadie como sucede con las aves de rapiña; Dios porque siendo omnipotente y eterno no requiere la ayuda del hombre. Pero este es un ser naturalmente sociable, y el que vive fuera de la sociedad por organización y no por efecto del azar, es ciertamente, o un ser degradado, o un ser superior a la especie humana, es un bruto o un Dios. (Monroy. 2.006. p.5)

Aristóteles pensaba que la naturaleza era un principio fijo de operaciones y aunque en el hombre estas operaciones, por lo menos las que surgían de su especificidad racional, eran libres, esto no vulneraba la fijeza de ese principio, toda vez que en sus diversas manifestaciones el hombre denotaba la intrínseca racionalidad de sus actos. Todavía con el propósito de acentuar el valor fundamental de la naturaleza en el ordenamiento de sus actos específicos, Aristóteles sostenía que la perfección de la "forma" natural era al mismo tiempo, el fin de toda actividad práctica. "La naturaleza de una cosa es su fin; eso que cada cosa es, una vez terminado su proceso de realización, es lo que llamamos la naturaleza de cada cosa, por ejemplo, de un hombre, un caballo, de una cosa". (Calderón. 2.015. p. 187)

Se refleja en Aristóteles una concepción y mirada hacia el mundo netamente naturalista en donde prima la esencia y principios que de esta emanan para lograr una correcta fijación en el mundo exterior.

### 2.3.4 Pensamiento Político Martín Lutero

Sin lugar a dudas, Martín Lutero influyó una nueva cosmovisión hacia el derecho natural, atado a la moral católica, ya que este presentó nuevas tendencias que, aunque vinculadas a la religiosidad, desmembraban nuevas hipótesis que estaban desligadas de la cultura católica que se pregonaba en aquella época.

Lutero sostiene la supremacía del orden espiritual sobre el temporal, pero recalca que ambos son necesarios en el mundo. Las consecuencias políticas de este corte total entre lo temporal y lo espiritual no son sencillas, ya que cada hombre se encuentra comprometido a la vez en ambos órdenes, en el de la sujeción y en el de la libertad.

La obediencia de los súbditos cristianos es una consecuencia igualmente afirmada por Pedro, pero en los Hechos de los Apóstoles 5, 30 se dice: “Hay que obedecer a Dios antes que a los hombres”.

El hombre cristiano se encuentra pues, en una tensión que Lutero resuelve afirmando:

- 1- que la autoridad es de origen divino;
- 2- que el cristiano en cuanto tal no necesita de la autoridad;
- 3- que la aceptación de la autoridad por el cristiano deriva del amor al prójimo.

Como ejemplo de lo anterior podemos encontrar la siguiente afirmación: “*Un verdadero cristiano no vive en la tierra para sí mismo ni para su propio servicio, sino que vive y sirve a su prójimo*”. En realidad, el buen cristiano hace por su semejante algo que él mismo no requiere para su vida espiritual, pero que es indispensable para aquellos que no lo son: “*La espada es de una necesaria utilidad*

*a todo el mundo para mantener la paz, castigar los pecados y resistir a los malos, el cristiano se somete gustosamente al gobierno de la espada, paga impuestos y respeta la autoridad*". Como consecuencia de lo anterior, se niega toda posibilidad de resistencia activa a la misma, aunque ésta traspase sus límites, debiendo sufrir toda injusticia que se cometa en su cuerpo y en sus bienes. Concluye que únicamente la pueden ejercer aquellas personas que poseen funciones de autoridad ellas mismas, así como mediante la aplicación de un derecho de legítima defensa en caso de invasor, donde la resistencia se convierte aquí en la reconstrucción del orden divino. (García. 2.013. p.48)

Es necesario hablar de la Reforma dentro el desarrollo de las teorías de Lutero, la cual fue preponderante para el surgimiento de nuevas nociones referente a la relación del hombre con Dios y el poder temporal.

La Reforma es considerada como uno de los momentos fundamentales de la historia moderna, pues confirma una actitud más libre de las conciencias a partir del movimiento de fuerzas que condujeron a la disgregación del feudalismo. El movimiento propugnado por Lutero debe ser entendido como un intento de acercamiento del hombre al Creador, y al mismo tiempo como una revisión, reinterpretación y crítica profunda de la teología medieval de acuerdo a las exigencias de los nuevos tiempos. Debemos tener en cuenta que Lutero no fue un pensador político sino un teólogo que quiso despolitizar a la religión, y es desde esta perspectiva que hay que inscribir su obra para comprender las implicancias atinentes a nuestro tema. Su tesis de la justificación por la fe se convierte en el principal

fundamento de la teología luterana y en la base de todo su pensamiento, incluido el social y el político

La Reforma confirió a los Estados en los que se implantó el control sobre áreas tan significativas como la asistencia social, la enseñanza y la atención pastoral, y transfirió al poder civil los recursos económicos que el clero se atribuía para cumplir estas misiones sociales. Además, el poder y las riquezas perdidas por algunos nobles y por la jerarquía católica pasaron a manos de la burguesía y los monarcas protestantes. Al transformar al sacerdote medieval, cuya autoridad surgía de una tradición de siglos, en un ministro que exponía y explicaba la Palabra de Dios y cuyo cargo derivaba del consentimiento de sus pares, y al luchar a favor de una fe sencilla sin las complicaciones y las sutilezas de los teólogos, Lutero afirmaba tanto el derecho como la capacidad de la congregación religiosa para juzgar las enseñanzas. Esto tuvo vastas implicaciones en el pensamiento político, sin olvidar que la organización de la iglesia de Calvino se inspiraba en modelos democráticos e incorporó ideas de gobierno representativo. (Várnagy. 1.999, pags 157-158).

Se nota claramente una visión que cambiaba rotundamente las arraigadas teorías religiosas que se venían manejando para la época, y hace penetrar en los confines de las mentes humanas nuevos ideales que cambian el paradigma, sobre las teorías en derecho que se venían manejando, ya que este se encontraba íntimamente relacionado a la moral que regía para ese momento histórico.

### **2.3.5 Derecho Natural, Dworkin**

Uno de los mayores exponentes del iusnaturalismo moderno es sin lugar a dudas Ronald Dworkin, quien con sus ideas ha logrado controvertir, muchos de los postulados de los defensores del positivismo,

Dworkin piensa que, el derecho es un fenómeno social, que como tal es parte de la vida de los seres humanos y, que, por lo mismo, debe ser concebido como una praxis que involucra relaciones sociales reales, más concretamente, una praxis de las partes del proceso. (Rojas, 2.005. p.396).

Sin duda alguna, Ronald Dworkin es el máximo exponente de la tendencia anti-positivista que define a la más reciente filosofía jurídica norteamericana. Su acerada compilación de ensayos *Taking Rights Seriously* (1977) supuso un duro golpe contra la imperante concepción positivista del derecho. El blanco reiterado de la crítica de Dworkin ha sido la obra de Herbert L.A. Hart, a quien aquel considera heredero directo de los clásicos del positivismo moral y jurídico, Jeremy Bentham y su discípulo John Austin. (Beltrán. 1.986. p. 57)

Dworkin entiende que no hay lugar para la creación de derecho (en un sentido propio) por parte de los jueces, aun en el caso de hallarse éstos ante un "caso difícil", porque incluso con respecto a casos de esta índole el sistema establecido - pese a su carencia explícita de resolución- puede ser idóneamente interpretado. Siendo así, existe sólo una única respuesta correcta que puede derivarse del sistema jurídico, y esto es así porque el sistema no incluye sólo el derecho explícito reconocido como tal, sino un conjunto de principios fundamentales que son consistentes entre sí y también con respecto a las reglas explícitas. La teoría jurídica

tiene pues una "dimensión de moralidad" que subyace al derecho legalmente establecido. Los jueces deben decidir el caso en cuestión mediante la identificación de los principios subyacentes al sistema. La teoría de Dworkin atribuye, en consecuencia, una labor "hercúlea" a los jueces, y él mismo concede que "inventa", en este sentido, un juez con habilidades, aprendizaje, paciencia y agudeza intelectual sobre humanos, "al que llamaré Hércules". Dicho de otro modo, Dworkin reconoce que sólo un juez ideal podría llevar a cabo la tarea de identificar los presupuestos morales subyacentes; lo interesante es que todo juez aspira (debe aspirar) a este ideal. (Beltrán, 1.986, p. 58)

Se encuentra en Dworkin, una aseveración en él que es de gran importancia, para el desarrollo entre la pugna del derecho positivo y derecho natural, habla entonces de la imposibilidad que debe tener el juez para lograr crear normas en los caso difíciles, es esta una posición que atañe a una interpretación del derecho atada a lo natural, concatenada hacia la posibilidad, que siempre ha de existir un principio universal del cual se pueda desprender la respuesta que diera lugar a la solución del caso por muy complicado que resultase por la falta de aplicabilidad de normas.

Elabora una teoría de los casos difíciles en el derecho con la que pretende demostrar que todos los dilemas tienen una solución correcta. De acuerdo con esto, lo que sucede es que el derecho no se agota en el sistema de reglas como lo cree Hart. En ese sentido, hay dos argumentos por los que Dworkin rechaza la discrecionalidad del juez en los casos difíciles, que es la tesis sostenida por Hart. Primero, Dworkin se opone a la discrecionalidad judicial, debido a que su

mantenimiento implica aceptar que los jueces pueden legislar y esto es atribuirles funciones que no pueden poseer. En ese orden de ideas, señala que los legisladores son elegidos popularmente con el voto, mientras que los jueces no son electos. Los electores les han dado potestad a los legisladores, y no a los jueces, para que elaboren las leyes. De modo que esta potestad no se puede extender a los jueces. (Vargas, 2015, p. 109)

Sostiene que una comunidad debe ser gobernada por hombres y mujeres elegidos por la mayoría y responsables ante ella. Como los jueces, en su mayoría, no son electos, y como en la práctica no son responsables ante el electorado de la manera que lo son los legisladores, el que los jueces legislen parece comprometer esta proposición. (Dworkin, 2002, p 150).

La búsqueda implacable de Dworkin procurando suministrar pautas reales conforme a la administración de justicia en los casos difíciles, coadyuva a que no generen vacíos que vayan atados al sometimiento de los jueces.

Dworkin parece pensar que si hubiera conflictos genuinos tendríamos que aceptar que las teorías morales y jurídicas tienen que ser inconsistentes. No obstante, parece que en estas situaciones los dilemas no surgen únicamente porque exista un choque lógico entre los principios que uno acepta, así mismo hay otro tipo de conceptos que logran surgir de esas situaciones. Algunos filósofos han argumentado que, aunque se presente una teoría moral impecable desde el punto de vista lógico, esto no la hace invulnerable a los dilemas; puesto que algunos conflictos entre valores o principios morales residen, más bien, en las contingencias

empíricas que en una incompatibilidad entre los principios del sistema. (Vargas, 2.015, p. 111)

En su mayoría, los casos difíciles surgen por problemas semánticos y de definición de terminología jurídica, es decir, por normas jurídicas que soportan textura abierta, dado el alto grado de vaguedad de los conceptos empleados en la formulación lingüística de la norma jurídica. En este punto, por tratarse los casos difíciles por problemas semánticos, el juez opera de forma indirecta como juez y filósofo, puesto que en la solución al caso deberá dar razones por las cuales determina un significado específico al o a los términos que hacen de la norma jurídica una norma de textura abierta; por lo tanto, la solución a los casos difíciles es una solución de definiciones jurídicas. (Agudelo, 2.013, p. 38).

Las reglas jurídicas permiten resolver sin inconvenientes los casos que caen expresamente dentro de ellas, ya que convienen a las palabras y conceptos que tales reglas expresan. Estos son los llamados casos fáciles. Pero estos no son los únicos casos, puesto que hay otros que caen en un campo de penumbra que vienen a ser los casos difíciles. En estos casos difíciles, las reglas no determinan por si solas la solución del conflicto, viéndose entonces el juez en la necesidad de elegir entre distintas alternativas cargadas de contenidos extrajudiciales. (Jaramillo, 2.015, p. 13)

La teoría de Dworkin acerca de los casos difíciles está atravesada por la idea de que los casos de dilema son imposibles. Dworkin cree que es necesario mantener esta tesis porque de lo contrario tendríamos que aceptar que los jueces decidan discrecionalmente, lo que implicaría que podrían crear leyes para aplicar retroactivamente. Adicionalmente, trata de defender la tesis sobre la imposibilidad



de los dilemas, porque piensa que sin ella no podría explicarse la consistencia de los sistemas jurídicos y morales.

No obstante, he intentado mostrar, usando el argumento de Marcus, que los casos de dilema no surgen necesariamente por inconsistencias en el sistema de creencias, sino más bien, debido a circunstancias empíricas. (Vargas, 2015, p. 113)

Se plantea la visión hacia Dworkin como un estudioso del derecho, como una figura hacia la resolución de conflictos en contornos democráticos y liberales; dejando siempre en claro que existirá una solución cual fuese el quid del problema; de todos modos, habrá una decisión resolutoria definitiva a los inconvenientes planteados.

La democracia es la huella más relevante en la política del espíritu occidental, como un producto cultural, que modela una sociedad civil en la que la libertad entre iguales, es la fuente nutricia de la democracia. La universalidad progresiva de la democracia es uno de los rasgos de la vida política del mundo occidental.

Occidente, en un lenguaje coloquial, es alérgico al despotismo y al gobierno de los hombres y no de las leyes. El invento de la democracia como forma de gobierno en la antigua Atenas y sus explicaciones iniciales fue expuesto en las alegorías y en los mitos griegos y romanos. Es en tales alegorías, que recoge la filosofía misma de la democracia que fundamenta racionalmente la política. (Pabón, 2018. p. 12)

Es así como Dworkin establece una tendencia en la contemporaneidad convirtiéndose en uno de los mayores exponentes del iusnaturalismo moderno, y hace parte sin lugar a dudas

como uno de los mayores referentes del derecho actual, en las naciones correspondientes a sus ideologías

### **2.3.6 Una ciencia positiva**

El derecho concebido desde la óptica del derecho positivo, resulta con muchas diferencias marcadas, a lo establecido en el derecho natural; el positivismo, considera al derecho como una ciencia de objetivos reales (Monroy, 2.006, p. 24), ahora bien, tenemos que centrarnos en la conceptualización de ciencia.

Julio Luis Moreno dice que “la ciencia es saber buscado deliberadamente, con plena conciencia del fin que se persigue y de los medios puestos en juego para alcanzarlo”. (Monroy. 2.006. p.23)

Karl Jaspers define la ciencia como “conocimiento método cuyo contenido es de certeza constrictiva, y validez universal”. La ciencia aparece como “saber de lo que es y su campo es la experiencia “y a ese campo se adscribe. (Monroy, 2.006, p. 23)

Se ha considerado que la fundamentación filosófica de las ciencias es tarea de la epistemología o metodología de la ciencia, disciplina que se concibe como que forma parte de la lógica.

Toda ciencia implica un saber metódicamente fundado acerca de objetos. El objeto de cada ciencia en particular es una construcción, realizada a partir de la experiencia y que busca un fin de conocimiento.

En toda ciencia hay que considerar la doctrina del ser y del conocimiento de los objetos de experiencia primaria y de sus fines y perspectivas, tanto como los métodos y objetos de dicha ciencia.

La ciencia no es una acumulación de verdades sino un conjunto de verdades, ordenadas conforme a unos principios. Los métodos de sistematización o investigación contribuyen a la fundamentación y justificación del saber científico. Ello implica que el “conocimiento metódico”, es de una importancia extraordinaria en la tarea científica, por lo cual no hay ciencia sin método que ayude a probar la verdad de una noción científica.

Según Dilthey, el éxito de una disciplina científica cualquiera depende de la adopción de métodos adecuados a sus específicos objetos. Como se ha indicado, toda ciencia es un saber metódicamente fundado acerca de objetos que constituyen un prius lógico respecto al saber que de él se tenga los objetos u antologías regionales se dividen, según Cossio en cuatro clases a) Objetos ideales; b) objetos naturales que forman el dominio de la naturaleza y son estudiados por las ciencias naturales: física, química, biología, etc. Son reales, están en la experiencia sensible y son neutros al valor c) objetos culturales, cuyo conjunto constituye la cultura. Abarcan todo lo producido por la inteligencia del hombre, su conducta y actividad a través de la historia, d) objetos metafísicos (Monroy, 2.006, págs. 23-24)

Para desarrollar el presente proyecto de grado es necesario situar el derecho en la posición que le corresponde para lograr obtener una comprensión totalmente amplia de los resultados finales de las distintas investigaciones realizadas; para ello es necesario hablar

del derecho como ciencia. Pues existe un gran debate entre distintos tratadistas, juristas y filósofos que consideran el derecho como ciencia, y otros que lo califican como arte o disciplina. Se trae a colación, unas ideas que son de gran ayuda para visualizar con mayor claridad los criterios expuestos en este escenario de discusión.

El derecho es un saber conceptual, ya que el jurista, al efectuar actos de comprensión debe acudir a conceptos, juicios, ideales que le son suministrados por el ordenamiento jurídico (dogmática jurídica), pero al ser aplicados al caso concreto, implican una toma de posición axiológica, por cuanto se deben valorar las conductas e interpretar las circunstancias. En efecto, para que los conceptos de orden, seguridad, libertad, etc., que aparecen en las normas, sean aplicados a la realidad, deben ser experimentados y valorados por alguien, con lo cual, se sitúa en la debida posición del jurista.

El derecho reposa sobre cierto número de datos esenciales, que se reducen a dos: a) el dato de la naturaleza exterior (elemento material), y b) la conducta humana (elemento humano).

Por último, la ciencia del derecho no cumple, como generalmente se cree una labor meramente reproductiva y dogmática, sino también una función interpretadora, ya que entra en contacto con la conducta (el yo y las circunstancias que lo rodean, según Ortega y Gasset) y la comprende. La ciencia del derecho se ocupa de la interpretación para indagar el significado y alcance de las normas jurídicas, de la integración (en caso de lagunas) y de la sistematización u ordenación de las normas que constituyen el ordenamiento jurídico. (Monroy, 2.006, p. 25)

La discusión referente al derecho como ciencia podrá perpetuarse; lo indiscutible es que hay un conjunto de normas las cual se encuentran sistematizadas y estructuradas para la regulación de toda la vida sociable humana y seres sintientes no humanos que puede existir en el planeta tierra.

### **2.3.7 Concepciones positivistas**

En el transcurrir histórico, el concepto del ius positivismo, se ha mantenido en su aspecto básico; es decir, que el derecho positivo es aquel que está plasmado en normas escritas. No obstante, han surgido criterios de juristas que han matizado tal concepto con algunos nuevos ingredientes, concernientes a la interpretación y aplicación de la norma jurídica, a fin de adecuar el derecho a la realidad social y ser más asertivo al momento de solucionar los casos judiciales.

Dentro de la literatura, y en relación al papel de los Órganos de adjudicación en los casos de indeterminación del Derecho, suele diferenciarse entre dos tipos ideales de positivismo: uno simple y uno sofisticado, cada uno defendiendo posiciones distintas en cuanto al papel de los Órganos de adjudicación en los casos difíciles. El positivismo simple considera que la discreción, como actividad que se desarrolla fuera de los márgenes del Derecho, no puede estar sujeta a ninguna restricción jurídica. Por su parte, el positivismo sofisticado, defiende la existencia de restricciones jurídicas generales a la actividad discrecional, restricciones que derivan de los deberes inherentes al rol judicial y del marco de alternativas de acción que cabe calificar como jurídicamente relevantes, lo que permite distinguir las decisiones discrecionales de las arbitrarias. (Duque, 2.015. p. 71)

Ahora bien, la versión más ampliamente difundida del positivismo sofisticado es la que ofrece Hart. Su propósito es dar cuenta de una fenomenología compleja más adaptable a la realidad jurídica actual que supere las visiones que reducen el derecho a mandatos directos del soberano a sus súbditos y a la existencia de determinados ámbitos de obediencia basados en razones prudenciales para la acción. (Duque. 2.015. p. 72)

Desde esta perspectiva, Hart concibe el derecho como un fenómeno básicamente comunicacional; es decir, como un mecanismo para guiar la conducta mediante reglas generales identificables a partir del lenguaje en el que se formulan los textos normativos. En este sentido, es el lenguaje el que delimita la comprensión del contenido del derecho ya que, de una parte, la posibilidad de comunicación exige un amplio grado de determinación respecto al significado de las expresiones lingüísticas en que se consignan las formulaciones normativas, y de otra, en cuanto la misma naturaleza del lenguaje general impone límites asociados con la textura abierta de las reglas jurídicas; es decir, a la posibilidad de encontrar casos cuya inclusión dentro del campo de aplicación de una regla sea dudosa. (Duque Oscar, 2.015. p. 73)

Se muestra de manera lacónica, pero, concreta, la esencia que emana del derecho positivo contentivo de componentes lingüísticos para el desarrollo del mundo jurídico desde el punto de vista comunicacional, y que así mismo conlleve a la correcta aplicación normativa a los casos del mundo real.

### **2.3.8 Kelsen y sus ideas en Derecho Positivo.**

Uno de los mayores exponentes del derecho positivo, es sin lugar a dudas Kelsen, y es menester el desarrollo de su forma de concebir el derecho, para una mayor comprensión del proyecto de grado, en general.

Kelsen se ve obligado a marginar de la ciencia jurídica aquellos elementos que no pueden ser tratados con el método científico (por ejemplo, la cuestión de la justicia), por más que la observación postulada por dicho método permita constatar la presencia permanente de lo ético entremezclándose con lo jurídico. La cientificidad se conquista en Kelsen a costa de la realidad de la imagen del Derecho que se toma como objeto de análisis. Pero esta decisión de reflejar científicamente un objeto, a pesar del riesgo de deformar su imagen, no puede ser sino una decisión voluntaria. Por tanto, es el valor, real o supuesto, de la ciencia lo que conduce hasta ahí. Si la ciencia así confinada descansa en valoraciones, su defensa a ultranza no puede sino constituir una operación ideológica, especialmente desde la perspectiva de la teoría de la ciencia del positivismo, que no reconoce en las valoraciones dimensión cognoscitiva alguna. Así, la aceptabilidad de la definición "científica" del Derecho dependerá entonces de que se consideren admisibles tales valoraciones. Sin embargo, no hay para ello verdaderas razones que aportar desde el positivismo. En efecto, si el pensador positivista intenta aportarlas incurrirá necesariamente, al menos, en la contradicción pragmática de la tesis teórica por él defendida, según la cual no existen razones para la actividad valorativa, es decir, no hay razón práctica. (Rivas, 1.999, p.490).

Es esta una temática de mucha importancia en la interpretación correcta de los postulados del derecho positivo, partiendo de la coherencia y genialidad de este gran tratadista del derecho positivo.

### **2.3.9 Hart, y sus aportes positivistas.**

Hart es también uno de los mayores exponentes del positivismo, e independientemente a la confrontación suscitadas con los iusnaturalistas, sus apreciaciones son preponderantes en el desarrollo del derecho. Expone varias ideas tales como: reglas primarias y secundarias, las reglas de reconocimiento, etc., así como el uso de la discrecionalidad cuando haya un caso controvertido y no exista una norma aplicable para la resolución del conflicto. Esta temática tiene mucha relevancia para la elaboración del presente proyecto.

Respecto de la decisión judicial en casos controvertidos. Los jueces deben decidir las cuestiones controvertidas tomando en cuenta pautas valorativas, no necesariamente morales, aunque pueden serlo, y en dichos casos las normas jurídicas delimitan su elección, pero no la determinan. En el resto de las cuestiones los jueces sólo aplican las normas jurídicas sin necesidad de realizar valoraciones ni elecciones discrecionales. (Bonorino, 2.013, p.52).

Vemos como Hart trata de priorizar la gestión del administrador de justicia en procura de obtener la decisión más acorde al caso en cuestión, así como la posibilidad de entrañar en el grupo social adherido al derecho, la posibilidad de coadyuvar a fortalecer el andamiaje de las distintas funciones sociales atribuidas al derecho.

Hart menciona que cuando un grupo social tiene ciertas reglas de conducta, este hecho permite realizar varios tipos de aseveraciones estrechamente relacionadas entre sí, aunque



de distintas clases. Así menciona que es posible ocuparse de las reglas como un mero observador que no las acepta, y que las usa como guías de conducta. Estos distintos puntos de vista Hart los llama punto de vista extremo, punto de vista interno. (Tamayo, 2017, p.224)

Hart mantiene una posición conforme a las reglas, de la siguiente manera:

1) Enunciados emitidos desde un punto de vista interno, es decir, formulados por alguien que forma parte del grupo y acepta las normas y las usa como guía, criterio o pauta de su propia conducta y de la del grupo como un todo. Quien adopta este punto de vista encuentra en las reglas la razón, la justificación no sólo de su conducta conforme a ellas, sino también de las críticas (y autocríticas) y de las exigencias de conformidad frente a quienes las incumplen. Se formularía del siguiente modo: “Debes hacer tal cosa o no debes hacer tal otra”.

2) Enunciados emitidos desde un punto de vista externo, formulados por un observador desde fuera del propio ordenamiento y que da lugar a afirmaciones externas. Observador que simplemente registra las regularidades de conducta observables en que consiste parcialmente la conformidad con las reglas, así como las restantes regularidades que adoptan la forma de reprobaciones, reacciones contrarias, castigos, etc., con la finalidad de predecir, pasado un tiempo, mediante un cálculo de probabilidades que una desviación de la conducta normal del grupo producirá una reacción contraria o un castigo. Cuando en un grupo existen reglas y no sólo hábitos colectivos, cabe situarse en un punto de vista externo a tal fenómeno y formular enunciados (externos). (Fuertes, 2007, p. 146)

Para él el Derecho es una cosa y la Moral es otra, no existe conexión necesaria entre ellos y no puede hacerse depender la validez del Derecho del valor de determinadas normas o principios morales, aunque reconoce que esta separación entre lo que es y lo que debería *ser*, válida en el ámbito de las normas particulares, no debería serlo en el ámbito del ordenamiento jurídico en su conjunto.

La regla de reconocimiento funciona como una enunciación normativa de las fuentes del Derecho y por ello, como norma juridificadora de esas fuentes. Con ella es posible la determinación del perímetro completo del ordenamiento sin tener que acudir para ello a elementos ajenos al propio sistema jurídico y mantenerlo separado de la Moral, por lo que constituye también una forma de separar el Derecho y la Moral. Las normas no son válidas por su contenido, sino porque han sido creadas o reconocidas de hecho por la sociedad de una manera contingente. El Derecho de todo Estado moderno muestra constantemente la influencia, tanto de la Moral social aceptada, como de ideales morales más amplios. Estas influencias penetran a través de la legislación y también, aunque de modo más pausado, a través del proceso judicial. Pero no es necesario que sea así y, de hecho, han existido y continúan existiendo sistemas jurídicos que han perdurado durante mucho tiempo aun transgrediendo valores morales importantes. (Fuentes. 2.007. p.133)

Por otra parte, en Hart se vislumbra una mayor coherencia para vindicar los niveles de análisis locales, cosa que induce a un análisis culturalista en el positivismo jurídico. Para llegar a este punto, el autor inglés compara dos tesis sobre

el derecho internacional: la una es la de Kelsen en la que se considera que el derecho internacional, como todo derecho, proviene de una regla de reconocimiento, que le es superior. La otra es la de quienes señalan que el derecho internacional es un conjunto de reglas primarias de obligación que no están unidas por ninguna regla de reconocimiento. En esta disyuntiva, Hart coincide mayormente con los segundos pues afirma que la regla del reconocimiento no es condición necesaria para la existencia de reglas de obligación, lo que exime al derecho internacional de contener una regla básica o norma fundamental. Así, a diferencia de Kelsen y su tesis de unidad del sistema, Hart reconoce la existencia de distintas formas de estructura social. (Urueña, 2.017, p.200)

También es cierto que todo sistema jurídico posee lo que Hart, recogiendo una expresión de Fuller, denomina “la moral interna del Derecho”, es decir, la moral que se corresponde con un sistema de reglas generales que se hacen conocer públicamente y son aplicadas judicialmente, e introducen por lo menos el germen de la justicia. Es la perspectiva de la seguridad jurídica en relación con el Derecho, considerado desde el punto de vista interno o seguridad frente a arbitrariedad, y que significa la existencia de diversos mecanismos y técnicas como principios de organización, de interpretación o derechos que operan en el Ordenamiento para asegurar su creación, interpretación y aplicación. Son normas sobre el nacimiento o derogación de otras, normas de producción positiva o negativa o que garantizan una interpretación previsible que aumente o disminuya la inseguridad de una

interpretación judicial discrecional o que garantizan la eficacia de derechos o protegen situaciones e intereses de las relaciones entre particulares. (Fuertes, 2.003, p. 133).

Dándole una interpretación a algunos de los postulados de Hart, se encuentra que él busca en primera instancia analizar sus postulados desde un punto de vista netamente positivo, es decir, desde los ordenamientos jurídicos, en donde lo que busca es una separación entre derecho-moral, con base a las reglas de reconocimiento, que son planteadas por Hart, para lograr darle sentido a este propósito propio de sus ideas, referente a ese caso concreto

.

De acuerdo con Hart, para poder determinar el contenido de la regla de reconocimiento hemos de acudir a los criterios de validez jurídica aceptados y seguidos por los jueces y tribunales; pero -también según Hart- no podemos identificar quiénes son los jueces y tribunales sino sobre la base de las reglas de adjudicación del sistema, pues, como él mismo dice, «la existencia de un tribunal implica la existencia de reglas secundarias que confieran potestad jurisdiccional» Dicho de otra manera, la existencia de jueces requiere de una regla de reconocimiento que valide las reglas de adjudicación, y la existencia de una regla de reconocimiento requiere una práctica judicial. Esto es lo que se ha denominado “el problema de la circularidad”. (García, 2.010, p. 10)

Se nota en Hart, la posibilidad de contrarrestar tendencias suscitadas en el transcurrir del derecho positivo, en el cual fue posicionado, para darle un respaldo y figura única con base a su propia conceptualización.

### **2.3.10 Caracterización de las tensiones en D. Natural, D. Positivo.**

Hay tendencias concretamente marcadas en estas corrientes del derecho, se denota la utilización del ordenamiento jurídico en todos sus énfasis, desde la óptica positivista y por otro lado, se enmarca la posibilidad de someter el derecho a una inmutabilidad; no obstante, a la variedad de corrientes que se desprenden de estas teorías, dependiendo del Estado donde se desarrolle.

Las tensiones entre iusnaturalismo y positivismo jurídico contemporáneo, involucran definiciones en torno al Derecho, a la filosofía del derecho, a relaciones intrínsecas de la moral, a tendencias de la aplicabilidad de la normatividad, sus condicionamientos; es por esto que retomamos el concepto aristotélico-tomista y, por otro lado, las variadas tendencias que también van a desembocar en el positivismo jurídico como desarrollo histórico del pensamiento de la humanidad, al que pueda acceder el hombre, verificables por la práctica histórica, en el sentido de pensar y buscar la organización de la sociedad. Las diversas tendencias de uno y otro campo envuelven la discusión para tratar de aproximar, a partir del Derecho, el ejercicio de una juridicidad, las circunstancias de su aplicabilidad, desde y a partir de que cada autor entre en caracterizaciones, determinaciones, posiciones en torno al debate iusnaturalista y positivista jurídico. (Bolívar, 2.011, p.1)

Las tensiones van enmarcadas sin lugar a dudas en la directriz hacia donde se encause la situación en donde se necesite exteriorizar estos conceptos, ejemplo de ello en una decisión judicial en donde sea un caso difícil, en donde los naturalistas focalizan esta decisión en la aplicabilidad de los principios del derecho natural, y en su contraposición por parte del positivismo, enmarcado en la utilización del conocimiento del juez y su discrecionalidad, para crear jurisprudencia al respecto, y determinar una decisión.

Las nociones referidas a las dos corrientes pasan por una variedad de matices, hasta culminar en definiciones como la planteada por Manuel Atienza que en un pasaje de su obra *Introducción al Derecho* nos dice que: “En este sentido, los autores iusnaturalistas a lo largo de su historia milenaria, parecen haber estado de acuerdo en afirmar: 1) Que además, y por encima del Derecho positivo (de la ley humana) existe un Derecho natural, esto es, un conjunto de normas y/o principios válidos para todos los tiempos y lugares. 2) Que el Derecho (el Derecho positivo) sólo es tal si concuerda (al menos en sus principios fundamentales) con el Derecho natural, es decir si es justo. En otro caso, no pasa de ser <<apariencia de Derecho>>, <<corrupción de ley>>, etcétera. Luego y así mismo manifiesta en relación con los iuspositivistas que: “Por el contrario, para los iuspositivistas, las afirmaciones básicas serían: 1) Que el Derecho es, simplemente, el (o más bien, los) Derecho (s) positivo (s), entendiendo por tal los ordenamientos jurídicos vigentes en cuanto fenómenos sociales y variables históricamente. 2) Que, en consecuencia, la calificación de algo como Derecho es independiente de su posible justicia” (Bolívar, 2011, p. 2).

Son estas las controversias de mayor repercusión y las que priorizan las tensiones, entre el derecho natural y el derecho positivo.

### **2.3.11 Resumen, sentencias AHC 4806-2.017- STL 12651-2.017**

**Sentencia: AHC 4806-2.019**

**Corte Suprema de Justicia****Sala de Casación Civil****Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa Villabona****Radicación n.º 17001-22-13-000-2017-00468-02****Fecha: Bogotá, D. C., veintiséis (26) de julio****CASO A DECIDIR**

Decide la Corte impugnación de la providencia 13 de julio de 2017 por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales dentro del habeas corpus promovido por Luis por Luis Domingo Gómez Maldonado, quien actuó en favor del oso de anteojos de nombre “Chucho”.

**Antecedentes**

El petente expone que, tras permanecer el animal por el cual acciona, 18 años de su existencia en la Reserva de Río Blanco de la ciudad de Manizales, fue enviado al zoológico de Barranquilla, condenado a un cautiverio permanente, conducta que el legislador ha querido erradicar a través del principio de protección animal; que el sistema jurídico vigente no contempla mecanismo, propio, idóneo que permita tomar medidas inmediatas y urgentes para proteger el derecho de los animales como seres sintientes para ser retirados de centro de cautiverio. Finaliza argumentando que existe en precedente en Argentina en donde un juez de esa República falló un habeas corpus a favor de una “chimpancé. Solicita a la Corporación Autónoma Regional de Caldas el traslado definitivo del oso “Chucho” a la Reserva La Planada del Departamento de Nariño.

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Tribunal del Distrito Judicial de Manizales – Sala Civil- negó el Habeas Corpus, porque la Corte Constitucional ha decantado que, al no estar inmersos en la protección de los animales derechos fundamentales, no podría acudirse a la tutela, lo mismo se predicaría de la figura de hábeas corpus, pues en sí, esta es considerada un derecho fundamental, y proteger por esa vía a los animales, quienes aún no son reconocidos como sujetos de derecho, sería un despropósito. Agrega, esa Corte que la acción popular es un mecanismo constitucional al que se puede acudir de manera preferente para defender a los animales.

### **Impugnación**

El señor Luis Domingo Gómez Maldonado impugnó la providencia de junio 13 de junio de 2017, con argumentos similares a los escritos anteriormente presentados.

### **CONSIDERACIONES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-SALA CIVIL**

Reconoce que: (i) Luis Domingo Gómez Maldonado mediante la acción de habeas corpus, busca que el oso “Chucho” no siga en cautiverio en el zoológico de Barranquilla. (ii) El artículo 30 de la Constitución de 1991, consagra al Habeas Corpus como derecho y acción, el cual protege la libertad personal. (iii) La Ley 1095 de 2005 reglamenta al citado artículo Superior. (iv) La Convención Americana de Derechos Humanos, y doctrina sobre la evolución del habeas corpus. (v) Que existen mecanismos judiciales, distintos a al habeas corpus y tutela, para salvaguardar los derechos de los animales, tales como la acción popular u otros recursos en sede administrativa.



Pero también afirma, sin embargo, que existen múltiples argumentos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales que sustentan la tesis de los animales como “seres sintientes”, que propenden por otorgarles prerrogativas de tipo fundamental dignas de recibir protección inmediata por el Estado, como consecuencia del surgimiento de un criterio unánime, en busca de la conservación del universo, garantizándose la supervivencia de la especie humana y su entorno.

Admite además que debe haber un cambio la cosmovisión: debemos virar a visión ecocéntrica-antrópica, o ecológica-antrópica, en la cual el hombre es el responsable principal de la conservación del universo y del medio ambiente, que aboga por una ciudadanía universal y biótica. De manera que es imperioso cambiar la visión antropocéntrica, producto del racionalismo que pensaba que el hombre era el centro de universo, la medida de todas las cosas, tornándolo desmesurado e irresponsable con la naturaleza y el medio ambiente.

Se afirma el propósito de repensar el mundo, partiendo de la necesidad de forjar un orden público ecológico mundial centrado en el ecocéntrico-antrópico, en donde todos participemos con vocación ética ambientalista como responsabilidad individual y conjunta con nosotros mismos, pero esencialmente con las generaciones venideras.

Se considera que el hombre actual debe ejecutar un giro radical para poder conservar la naturaleza. Es decir, la relación: Hombre-Naturaleza como objeto de derecho, materia de utilidad, de satisfacción de intereses egoístas; mediante la educación en la familia, la escuela, academia podemos reconstruir la mentalidad para llegar a la comprensión de la Naturaleza Sujeto. para que con rigor sea respetada, resiliente, y que, en lugar de destruirla bárbaramente, conservarla como hábitat natural para la supervivencia.

El humano es un animal que tiene las funciones de ser vivo, es una realidad natural; entonces nuestra condición es la de seres vivos y animales.

En consecuencia, para sobrevivir la nueva realidad impone señalar que no son sujetos de derechos exclusivamente los seres humanos, que también los son las realidades jurídicas, algunas de las cuales por ficción jurídica son ya personas, como las “morales”; pero también reclaman esa entidad, por poseerla ontológicamente, los seres sintientes, incluyendo la propia naturaleza. De aquí que se pregunta: ¿Por qué razón, quienes ostentan vida o son seres sintientes no pueden serlos? ¿Por qué no otorgar personalidad jurídica a las otras realidades verdaderamente “animadas” sintientes y vivas, más allá de la apreciación del tradicional deber humano de protección de la naturaleza?

El calificativo de cosas de los animales y los otros seres es una percepción es hoy derrumbada por la biología, la genética, por la nueva filosofía y en general por la ciencia de la vida.

Los otros seres sintientes también son sujetos de derechos indiscutiblemente. No se trata de darles derechos a los sujetos sintientes no humano, iguales a los derechos de los humanos equiparándolo en todo, sino reconocerles los correspondientes, los justos y convenientes a su especie, rango o grupo. Se trata de insertar en la cadena viviente, una moralidad universal, un orden ecológico global, otorgando el respeto que merecen ante el irracional despliegue del hombre actual para destruir nuestro hábitat, por virtud de la interdependencia e interacción entre hombre y naturaleza.

La modificación introducida por el artículo 2, Ley 1774 de 2016, reconoció por fortuna “la calidad de seres sintientes a los animales”.

La dualidad de sujetos sintientes no humanos y los deberes, implica modificar el concepto de sujeto de derecho en relación con relación la naturaleza, flexibilizando la perspectiva de

que, quien es titular de derechos correlativamente está obligado a cumplir deberes; entonces se debe aceptar, que los sujetos de derechos no poseen recíprocamente deberes. En esta órbita, son sujetos de derechos sin deberes, o en cuanto a estos no se les puede poner obligaciones por tratarse precisamente de sujetos de derechos sintientes y es el hombre el principal guardador, representante, agente o oficioso y responsable.

Si los animales son sujetos de derechos, las prerrogativas de que son titulares, entre otras, las establecidas en el artículo 3 de la Ley 1774 de 2016 que establece los estándares mínimos de protección animal. Igualmente sanciona dicha ley con penas actos de crueldad contra los animales.

La protección normativa de los animales como sujetos de derecho sintientes no humano se viene gestando con la modificación del artículo 655 del Código Civil, calificando a los animales como seres sintientes. En la Constitución hallan protección en los artículos 8, 79 y 95 Numeral 8, 4, y en el artículo 4 de la Ley 84 de 198.

La Corte Constitucional, Sentencia C-041 de 2017, dice que “La preocupación por salvaguardar los elementos de la naturaleza (...) no por el papel que representan para la naturaleza, sino principalmente como sujeto de derechos individualizables al tratarse de seres vivos, constituye un imperativo para los Estados y la comunidad”.

Suiza y Alemania han implementado en sus ordenamientos jurídico normas dirigidas a la protección de animales, entendiendo que es deber del ser humano asegurar la vida y el bienestar de aquellos que no son de su misma especie.

Ecuador, en su Constitución establecen como derecho de la naturaleza, el respecto integral de su existencia y mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos por ser el lugar donde se produce la vida

La Corte Constitucional, Sentencia C-666 de 2010, dice que “El medio ambiente es visto como contexto esencial del transcurso de la vida humana, razón por la se entendió que su protección se desarrollaba sobre el fundamento de la armonía con la naturaleza y que el accionar de los seres humanos debe responder a un código moral,”

Los animales deben estar libres de incomodidad, sin hambre y sed, libres para desplegar los comportamientos naturales.

En la Liga Internacional de los Derechos del Animal de 1977, posteriormente aprobado la Organización de Naciones Unidas, se propone la Declaración Universal de los Animales en donde aparece un catálogo de derecho protector.

La ONU en la Carta Mundial de la Naturaleza (1982) defiende que toda forma de vida es única y merece respeto. El Parlamento Europeo, 1988, expidió una Resolución para rechazar la explotación despiadada del medio ambiente.

Las anteriores declaraciones y ordenamientos son constitucional y convencionalmente válido, como fuente de fuente normativa, abogar por la protección de todos los seres sintientes incluyendo a los animales, para preservar el medio ambiente como parte de la fauna mundial.

No obstante, la protección de los derechos de los animales no son similar a los que debe otorgarse a los derechos humanos porque sus causas, contenidos varían; sin embargo, nuestro criterio ortodoxos deben evaluarse para entender que como parte de la naturaleza los seres sintientes no humanos contribuyen al equilibrio ecológico para la sobrevivencia de la humanidad; por supuesto, con venero en el concepto de Constitución ecológica donde se impone, necesariamente la posibilidad de reconocer derechos a los seres sintientes no humano.

Por tanto, debe procurarse en frente a los seres en cautiverio, en forma escalonada readaptarlos a las condiciones naturales.

La Sala estima que debe urgentemente distorsionarse las fronteras entre el hombre y la naturaleza, entre lo humano y lo no humano, aniquilando separación entre lo cultura y lo natural, entre todos los sujetos de derecho.

La asignación de derechos debe verse como el desarrollo y extensión de los principios jurídicos de las personas a seres sintientes en forma proporcional, ponderadas, horizontal y amplia. Se trata sí, de reconocer y asignar derechos y personería jurídica para detener la irracional destrucción de nuestro planeta., y de toda la naturaleza que aqueja en forma vergonzante y trágica la generación de nuestro tiempo. Ética y ontológicamente los derechos no pueden ser patrimonio.

La procedibilidad de la acción de habeas corpus en la protección de ser sintiente y símbolo nacional es viable porque los animales son capaces de sentir y sufrir, la ley lo protege, debiendo ser sujetos de derechos, por ende, son titulares de la prerrogativa a la libertad, pero esencialmente para conservar responsablemente nuestro hábitat, en la cadena biótica.

La acción de habeas corpus, por tratarse de una herramienta constitucional dirigida para salvaguardar la garantía supralegal de la libertad de las personas, la misma no resulta entonces incompatible para asegurar a los animales como “seres sintientes”, y por tal sujeto de derechos, legitimados para exigir por conducto de cualquier ciudadano, la protección de su integridad física o reinserción a su hábitat natural.

### **Decisión**

Revocó el proveído de 13 julio 13 de 2017 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales –Sala Civil. -, y en su lugar conceder la protección invocada por vía de habeas

corpus impetrada por Luis Domingo Gómez Maldonado, quien actúa en favor del oso de anteojos de nombre “Chucho”.

En Consecuencia, se ordena el inmediato traslado del oso “Chucho”, a una zona que mejor se adecúe a su hábitat.

**Sentencia STL12651-2017**

**Corte Suprema de Justicia**

**Sala de Casación Laboral**

**Magistrado Ponente: Fernando Castillo Cadena**

**Radicación N.º 47924.**

**Bogotá, D. C., dieciséis (16) de agosto de dos mil diecisiete (2017).**

**Caso a decidir**

Decide la Corte la acción de tutela presentada por la FUNDACIÓN BOTÁNICA Y ZOOLÓGICA DE BARRANQUILLA (FUNAZOO) contra la SALA DE CASACIÓN CIVIL CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, trámite al cual se vinculó a LUIS DOMINGO GÓMEZ MALDONADO, CORPOCALDAS, AGUAS DE MANIZALES S.SA E.S.P., UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA DE PARQUES NACIONALES NATURALES, LA NACIÓN-MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE y la SALA CIVIL FAMILIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MANIZALES.

**Antecedentes**

LA FUNDACIÓN BOTÁNICA Y ZOOLÓGICA DE BARRANQUILLA acudió al mecanismo constitucional de la tutela por estimar quebrantados sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, así como los principios de legalidad y contradicción.

La entidad convocante inició recordando que “Chucho” es un oso de anteojos que nació junto a su hermana “Clarita” en la Reserva Natural La Planada (Nariño), en situación de cautiverio; que a los 4 años fueron trasladados a la Reserva Forestal Protectora de Río Blanco (Manizales) para un mejor cuidado, a través de un programa de conservación, el cual nunca se ejecutó por la empresa de servicios públicos Aguas de Manizales, encargada de la administración de la Reserva.

Manifestó que el Concepto técnico de la Corporación Autónoma Regional de Caldas (Corpocaldas), la reubicación del espécimen mejoraría su bienestar; que envió solicitud a todas las autoridades ambientales, informando su capacidad de recibir un ejemplar de oso de anteojos que no fuera candidato a liberación; que, mediante oficio de 24 de febrero de 2017, Corpocaldas comunicó que le concedía la tenencia, y solicitó el plan de manejo, el cual fue entregada a esta corporación.

Después de cumplido lo anterior, aseguró que Corpocaldas, por necesidad de reubicar a “Chucho”, por el concepto técnico de 5 de abril de 2017, determinó que su traslado era viable, se obtuvo el salvoconducto pertinente, lo que generó que el 16 de junio de 2017 se suscribiera el acta de disposición respectiva en la que consta la entrega del animal y las condiciones de tenencia.

Indica que el 16 de junio de 2017, Luis Domingo Gómez Maldonado promovió acción de Habeas Corpus como agente oficioso del referido espécimen, por considerar que en el Zoológico de Barranquilla aquél se encuentra en situación de “cautiverio permanente”, la cual fue declarada improcedente por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Manizales, el 13 de julio de 2017, pero impugnada, por decisión de 26 de julio siguiente, un Magistrado de la Sala de Casación Civil concedió la protección ordenando a la Fundación Botánica y Zoológico de Barranquilla y demás entidades vinculadas el inmediato traslado del oso de anteojos de nombre “Chucho”, confinado en el zoológico de Barranquilla, a una zona que mejor se adecúe a su hábitat, teniendo como destino prioritario la Reserva Natural Río Blanco.

Censura la providencia del Tribunal considerando que produjo un impacto negativo y que generaba un equivocado entendimiento constitucional y legal para el uso de las acciones legales.

Solicita que se declare que la providencia 26 de julio de 2017 constituyó una vía de hecho y, en ese orden, se deje sin efecto en tanto dispuso la devolución del oso de anteojos “Chucho” y se le permita permanecer en el Zoológico de Barranquilla.

**La Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil mediante auto de agosto de 2017,** admite la acción de tutela, vincula a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, incorpora documentos como prueba y dispone traslado correspondiente.

Dentro del término se legal, Luis Domingo Gómez Maldonado contestó.

Las entidades vinculadas Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales-Sala Civil Familia-, Corpocaldas, dieron sus respectivas respuestas a lo solicitado.



**Consideraciones**

La Sala de la Corte es competente para para estudiar y decidir sobre la acción de tutela.

Por regla general, es inviable que procedan acciones de tutela contra mecanismos que protejan derechos fundamentales, entre esos mecanismos está el habeas corpus.

Excepcionalmente, solo se podría aplicar cuando se demuestre que en el ejercicio de la acción constitucional se infringió el debido proceso. El habeas corpus es institución determinante en el desarrollo de la garantía del debido proceso.

El artículo 30 de Carta Política, regula el mecanismo judicial del habeas corpus y la Ley que reglamenta tal figura fija su trámite de forma muy rigurosa y el desconocimiento de su ritualidad iría al traste con el artículo 29 de la Constitución.

El habeas corpus es un derecho intangible y de aplicación inmediata, normado en la Constitución y distintos instrumentos y declaraciones internacionales, que forman parte del bloque de constitucionalidad.

La Corte Constitucional, Sentencia C-197 de 2006, expresa que “la naturaleza ius fundamental del derecho que se reglamenta con el proyecto de ley que se examina, pone en evidencia que el habeas corpus es una garantía fundamental no solo del derecho a la libertad, sino que igualmente lo es de otros derechos fundamentales de la persona privada de la libertad como los de la vida y la integridad personal”.

El problema jurídico del asunto a decidir es: Si el trámite dado a la acción constitucional de Habeas Corps a favor de un oso de anteojos, violentó o no el derecho fundamental del debido proceso y el principio de legalidad.

La institución del Debido Proceso se encuentra en el artículo 29 de la Constitución Política y establece que “el debido proceso se aplicará a toda a clase de actuaciones judiciales y administrativas”. Relacionada esta figura está el principio de legalidad, que regula tanto el poder del Estado y una garantía para proteger los derechos de las personas naturales o jurídicas sujetas a derecho y obligaciones como integrantes del conglomerado social. De manera que las personas que ejerzan funciones judiciales o a administrativas deben actuar conforme a los reglamentos o procedimientos previamente establecidos.

Con respecto al ejercicio del Habeas Corpus todos los ordenamientos jurídicos, sin distinción, aseguran que debe ser utilizado por una persona, y específicamente por un individuo. Las personas jurídicas no pueden invocarlo porque es inviable, no están legitimadas para el efecto, dado por la naturaleza del bien jurídico de la libertad. Solo podrá invocar algunos derechos fundamentales.

El principio de la legalidad es el rector del ejercicio del poder y el debido proceso, con base a tal principio “Nadie podrá ser juzgada sino conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa” y por lo mismo “no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley”

La Sala de Corte para la definición se planteó dos situaciones: si existía legitimación y si, era viable acudir al Hebeas Corpus para la definición del caso.

Las tendencias legislativas actuales plantean la posibilidad de ampliar el concepto de persona también a los animales, adscribiéndoles por tanto ser sujetos de derechos, pero aclara que conforme a nuestra legislación los animales quedan en una categoría intermedia, entre

sujeto y objeto de derecho, porque no se le ha atribuido la calidad de sujetos de derecho. Entonces desde el punto de vista constitucional, no es viable que se utilice la acción de habeas corpus para la protección a tales seres sintientes.

La Ley 1095 de 1996, artículo 1°, en concordancia con el artículo 30 de la Constitución Política, define el Habeas Corpus: “Es derecho fundamental y, a la vez, una acción constitucional que tutela la libertad personal cuando alguien es privado de la libertad con violación de las garantías constitucionales o legales, esta se prolongue ilegalmente. Esta acción únicamente podrá incoarse por una sola vez y para su decisión se aplicará el principio pro homine”.

“El principio de interpretación pro <pro homine>, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea **más favorable al hombre y sus derechos**, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la **dignidad humana**”. (Corte Constitucional, Sentencia C-438 de 2013).

El habeas corpus es un derecho fundamental, y este concepto deviene de su relación con la dignidad humana; de manera que la fundamentabilidad de un derecho dependerá de la posibilidad de traducción en derechos subjetivos, a partir de la cual sería posible determinar el titular (legitimación por activa), el destinatario de la orden (legitimación por pasiva, o el obligado) y el contenido del derecho.

Los animales solo puede tener la garantía de protección como seres sintientes las cuales pueden materializarse por acciones populares o aprehensión material preventiva; pero su libertad no puede hacerse uso del mecanismo constitucional del habeas corpus.

**Tabla 1****Cuadro Tensional entre Derecho Natural- Derecho Positivo.**

TENSIÓN	D.NATURAL	D.POSITIVO
TEMPORALIDAD	<b>Es un derecho inmutable, con distintas tendencias, según el Estado donde se encuentre. Ej. : España, Países influenciados por Marín Lutero.</b>	<b>Es un derecho mutable, acorde a la época, cultura, sociedad, etc., para producir cambios en sus ordenamientos.</b>
CASO CONCRETO	<b>Toma como eje, la condición digna de ser viviente del “Oso Chucho”, para defender sus derecho naturales intrínsecos a él, por ser parte de nuestro ecosistema.</b>	<b>Tiene en cuenta, la exclusividad del hombre en función de los mandatos establecidos, tal es el caso del Habeas Corpus, utilizado para la defensa del “Oso Chucho”.</b>
MORAL	<b>Sostiene que hay una relación intrínseca con la moral.</b>	<b>Argumenta que no debe existir la conexión entre derecho y moral.</b>
NOCIONES	<b>Indican que, por encima del derecho positivo, existe un derecho natural, válido para todos los tiempos.</b>	<b>Manifiestan que el derecho, es simplemente el derecho positivo, entendiendo los como los ordenamientos actuales,</b>
DECISIÓN JUDICIAL	<b>Se opone a la discrecionalidad judicial, argumentando que siempre existe una forma de dilucidar un caso difícil.</b>	<b>Ante los casos difíciles, el juez, está facultado para actuar como creador de normas para dilucidar un caso difícil.</b>

**Fuente: Elaboración propia**

Tabla 2

**Cuadro Tensional de las sentencias AHC 4806 y STL 12651**

Animales sintientes No humanos	
AHC 4806	STL 12651
<b>Pueden ser personas</b>	<b>No son personas. Son una categoría entre sujeto de derecho y objeto: categoría intermedia</b>
<b>Son sujetos de derecho</b>	<b>No pueden ser sujetos de derecho</b>
<b>Se le pueden extender algunos derechos o privilegios fundamentales</b>	<b>No le son atribuibles derechos fundamentales</b>
<b>Pueden tener legitimidad</b>	<b>No admite legitimidad</b>
<b>Se le puede proteger con mecanismos constitucionales (habeas corpus)</b>	<b>Solo admite protección</b>
<b>Existencia de ordenamiento jurídico que permiten el habeas corpus ( Ej, chimpancé república de Argentina)</b>	<b>Asegura que todos los ordenamientos jurídicos, no permiten el habeas corpus</b>
<b>Concepción ecocéntrica-antrópica</b>	<b>Concepción antropocéntrica</b>
<b>Prima el derecho natural</b>	<b>Prima el derecho positivo</b>

**Fuente: Elaboración propia**

### **2.3.12 El habeas corpus y la naturalidad del oso Chucho**

Como se ha mostrado en lo desarrollado del presente trabajo, el eje central repercute en una situación muy peculiar donde se busca salvaguardar la forma más adecuada, para llevar al oso chucho a una verdadera calidad de vida, su hábitat es de vital importancia para lograr perfeccionar una vida digna del ser sintiente, a pesar de ser un tema legislado, pero relativamente nuevo en Colombia en donde con la ley 1774 del 2016 se da un gran impulso a la protección y garantías de los animales en donde encontramos que esta ley en su artículo 1 manifiesta lo siguiente : “Los animales como seres sintientes no son cosas, recibirán especial protección contra el sufrimiento y el dolor, en especial, el causado directa o indirectamente por los humanos, por lo cual en la presente ley se tipifican como punibles algunas conductas relacionadas con el maltrato a los animales, y se establece un

procedimiento sancionatorio de carácter policivo y judicial”( Ley 1774, 2.016, art.1) , dentro de esta misma ley se nota como se da un cambio en uno de los artículos del código civil el 655 en donde se establece de la siguiente manera en pro de conseguir un mejor bienestar para los animales “Muebles son las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas.”, las sentencias que trabajaron específicamente el caso en cuestión fueron las AHC 4806-2017 y STL 12651-2017 , en ambas se muestran las confrontaciones suscitadas entre derecho positivo y natural, se comenzará por identificar estas tensiones en la sentencia AHC 4806-2017 y encontramos que se dice dentro de esta que ““(…) al no estar inmersos en la protección de los animales derechos fundamentales, no podría acudir a la tutela como medio de inmediata y especial protección constitucional, lo mismo que se predicaría de la figura de *habeas corpus* (...) [pues aquella] en sí, es considerada un derecho fundamental, y proteger por esa vía a los animales, quienes aún no son reconocidos como sujetos de derecho, sería un despropósito”. Se muestra así, que se pretende focalizar el tema en lo que se plasma meramente en el derecho positivo, presentados en la Constitución Política desconociendo así los avances jurídicos que han enmarcado referente a esta temática. (Sentencia AHC-4806)

“El artículo 30 de la Constitución de 1991, reglamentado por la Ley 1095 de 2006, consagra el *habeas corpus* como derecho y acción, el cual protege la libertad personal cuando alguien es privado de ella con violación de las garantías constitucionales o legales, o cuando ésta se prolonga ilegalmente. Dicha prerrogativa ha sido reconocida en varios instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de los Derechos

Humanos, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre”

En la misma sentencia se habla de la impetuosa necesidad que tenemos los humanos de vivir en armonía con el resto del ecosistema es, con base a esto donde se manifiesta la naturalidad con la que debemos adaptarnos no solo con el resto de la humanidad, sino con aquellos seres sintientes que no son catalogados dentro de este rango, y que aún frente a esa situación se debe lograr dicha armonía, es por ello que se expresan de la siguiente manera:

“El fin jurídico, ético y político es la necesidad improrrogable de crear una fuerte conciencia para proteger el entorno vital para la sobrevivencia del hombre, de conservación del medio ambiente y como lucha una frontal contra la irracionalidad en la relación *hombre-naturaleza*. Es un esfuerzo por la sensibilización con el medio ambiente, para buscar políticas públicas nacionales, mundiales e institucionales para amilantar toda forma de discriminación y de destrucción del ecosistema y del futuro de la humanidad

.

Ética y ontológicamente los derechos no pueden ser patrimonio exclusivo de los humanos, pero no con el propósito de menguar los derechos de las personas, ni con fines mezquinos, oportunistas, chauvinistas e intransigentes para inclusive, impedir la investigación científica aplicada al bienestar humano o a la satisfacción de las necesidades vitales que los hombres y mujeres que sufren hambre y eternas necesidades; tampoco se trata de defender una enconada propaganda política

grupista y recalcitrante, o de apoyar causas simplemente animalistas o del vegetarianismo sin sentido. Sin embargo, la protección de los derechos de los animales no es similar a la que debe otorgarse a los derechos humanos porque sus causas, contenidos y finalidades varían; no obstante, nuestros criterios ortodoxos deben reevaluarse para entender que como parte de la naturaleza los seres sintientes no humanos contribuyen al equilibrio ecológico para la sobrevivencia de la humanidad; por supuesto, con venero en el concepto de Constitución ecológica donde se impone, necesariamente la posibilidad de reconocer derechos a los seres sintientes no humanos”. (Sentencia AHC 4806-2017)

Así como hay una declaración de derecho para los humanos, de esta misma manera se ha proclamado una en torno a la vida animal en donde se muestra a continuación, algunos apartes de declaración universal de los derechos del animal “Considerando que todo animal posee derechos. Considerando que el desconocimiento y desprecio de dichos derechos han conducido y siguen conduciendo al hombre a cometer crímenes contra la naturaleza y contra los animales. Considerando que el reconocimiento por parte de la especie humana del derecho a la existencia de las otras especies de animales constituye el fundamento de la coexistencia de las especies en el mundo. Considerando que el hombre comete genocidio y existe la amenaza de que siga cometiéndolo. Considerando que el respeto del hombre hacia los animales está ligado al respeto de los hombres entre ellos mismos. Considerando que la educación implica enseñar, desde la infancia, a observar, comprender, respetar y amar a los animales.”( Sentencia AHC4806 Decídase la impugnación formulada frente a la providencia dictada el 13 de julio de 2017 por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.,2.017).



Estos son algunos de sus artículos más sobresalientes de la declaración de los animales “Artículo 1º Todos los animales nacen iguales ante la vida y la tienen los mismos derechos a la existencia. Artículo 2º a) Todo animal tiene derecho a ser respetado. b) El hombre, en tanto que especie animal, no puede atribuirse el derecho a exterminar a los otros animales o explotarlos violando su derecho. Tiene la obligación de poner sus conocimientos al servicio de los animales. c) Todos los animales tienen derecho a la atención, a los cuidados y a la protección del hombre. Artículo 3º a) Ningún animal será sometido a malos tratos ni a actos crueles. b) Si la muerte de un animal es necesaria, debe ser instantánea, indolora y no generadora de angustia. (Declaración universal de los derechos de los animales)

Se nota claramente la confrontación entre aquello que está sometido por el ordenamiento jurídico referente al Habeas Corpus y las nociones contemporáneas en donde se busca la igualdad entre humanos y seres sintientes, sin desconocer que estos son derechos intrínsecos a la naturaleza que han sido desconocido por parte de la sociedad en general, a lo largo de la historia. Y que se busca precisamente en dicha sentencia estimular la naturalidad con la cual se debe preceptuar

Para puntualizar y lograr un mayor discernimiento de la sentencia a tratar STL-12651-2.017, se presenta una lacónica cita para determinar el inicio del habeas corpus conforme se dio la evolución de los derechos humanos, se encuentra que “en 1.679, es utilizado el recurso de habeas corpus contra la detención ilegal, estableciendo un mínimo de garantías.” (Monroy, 2.006.p.327), es una figura que data de muchos años atrás y que aún manteniendo su filosofía ha tenido variables de utilización, conforme al tiempo y sociedad,

En la constitución política de 1.991 se plasman “derechos humanos “, entre los cuales es de vital importancia destacar el habeas corpus el cual se deja de la siguiente manera “para la persona que estuviera privada de la libertad y creyere estarlo ilegalmente. Este derecho se ejerce ante cualquier autoridad judicial y debe resolverse ante cualquier en el término de 36 de horas”. (Monroy, 2.006.p.333). Hace parte esta figura del ordenamiento jurídico principal de la Nación y, por ende, se considera pilar fundamental, en materia de derecho humanos para lograr salvaguardar la integridad y dignidad.

Lo importante en este caso es la “disponibilidad que se tenga del medio de defensa y no simplemente su existencia”, (Monroy.2.006. p.336) hablando particularmente del habeas corpus

En esta sentencia se deja claro concepto, posición y demás referente al Habeas Corpus, expresándolo de esta manera:

“En efecto, si bien el derecho a la libertad personal ocupa un lugar importante en la normativa nacional e internacional, y es por ello que el hábeas corpus se orienta en principio a su garantía, es evidente que con frecuencia la privación de la libertad se convierte en un medio para atentar contra otros derechos fundamentales de la persona. Por lo tanto, el cometido esencial del hábeas corpus no se puede entender restringido solo a la protección del derecho a la libertad, sino que ha de dársele una proyección mucho más amplia en cuanto verdaderamente abarca la garantía de todo el conjunto de derechos fundamentales de la persona que se encuentra privada de su libertad de manera arbitraria o ilegal, y que por esta circunstancia se encuentran en latente y permanente amenaza. En tal medida, el radio de protección del hábeas corpus no se limita a cubrir solo el derecho a la libertad, sino que se expande para

cubrir los otros derechos fundamentales íntimamente relacionados con éste, y que le dan soporte, como son los derechos a la vida y a la integridad personal. (Sentencia STL 12651-2.017)

Por tanto, como toda persona privada de la libertad tiene derecho a que se le trate humanamente y a que el Estado le garantice los derechos a la vida e integridad personal, puede afirmarse sin duda alguna, que el hábeas corpus es un derecho fundamental para una verdadera protección integral de la persona privada de la libertad de manera arbitraria o ilegal.” De esta manera se muestra la prolongación, en conocimiento que al respecto se tiene sobre el habeas corpus y la forma en que se maneja dentro del ordenamiento, a la hora de proceder a realizar con algún tipo de decisión judicial.” Se continua manifestando al respecto De esta forma, además de gozar de carácter constitucional, tal institución jurídica tiene dos objetivos básicos: *i)* La protección de la **persona** frente a la privación de la libertad con violación de las garantías constitucionales y legales *ii)* la protección a la libertad cuando la afectación se prolonga ilegalmente, pero siempre en garantía de la aplicación del principio *pro homine* o *pro persona*, concepto que la Corte Constitucional en la sentencia C-438 de 2013, desarrolló de la siguiente manera:

El Estado colombiano, a través de los jueces y demás asociados, por estar fundado en el respeto de la dignidad humana (artículo 1º de la Constitución) y tener como fines garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes (artículo 2º), tiene la obligación de preferir, cuando existan dos interpretaciones posibles de una disposición, la que más favorezca la dignidad humana. Esta obligación se ha denominado por la doctrina y la jurisprudencia “principio de interpretación *pro homine*” o “*pro persona*”.

Una visión clara, que se muestra en esta sentencia referente a los derechos que tienen los animales conforme a lo establecido por normas prevalecientes, y que no están sujetas a la aplicabilidad del Habeas corpus, sino que por el contrario rigen un propio orden, dando el siguiente concepto al respecto de la situación:

“Tales preceptos constitucionales muestran la relevancia del interés superior del medio ambiente -Carta ecológica- como bien a proteger por sí mismo, además de la relación estrecha con los seres de la tierra. Una mayor consciencia, efectividad y drasticidad en la política defensora de la fauna silvestre se constituye en un imperativo. Los peligros y daños ambientales (maltrato animal-progresiva desaparición de la fauna) plantean la necesidad de normar los procesos bajo la neutralización del daño ambiental y la adopción de medidas oportunas eficaces, aunque no exista certeza del daño. La interconexión con las demás formas de vida, el acceso apropiado a los recursos biológicos y genéticos, el respeto por el conocimiento tradicional y la protección de la biósfera y biodiversidad, habrán de atenderse por la humanidad. De igual manera se adujo que, el interés superior del medio ambiente implica también la protección de la fauna ante el padecimiento, el maltrato y la crueldad, lo cual refleja un contenido de moral política y conciencia de la responsabilidad que deben tener los seres humanos respecto de los otros seres sintientes”. (Sentencia STL12651 Decide la Corte la acción de tutela presentada por la FUNDACIÓN BOTÁNICA Y ZOOLOGICA DE BARRANQUILLA (FUNDAZOO) contra la SALA DE CASACIÓN CIVIL de esta Corporación., 2.017)

### Capítulo III

#### 3. Metodología

En el presente Proyecto de Grado, se está llevando a cabo, mediante el tipo de investigación cualitativa, ya que, es la más congruente para desarrollar las investigaciones filosóficas en las Ciencias Jurídicas, esto con el fin de darle un panorama totalmente amplio y fácil de dirigir, por parte de los lectores. Será plasmada la investigación con una mirada a todos los amantes del derecho, para que se inmiscuyan con la temática de tal forma que puedan generar aceptación, controversias o según fuere el caso para construir en ellos un panorama diáfano acerca el tema tratado.

El estudio fue de carácter analítico, deductivo y descriptivo, ya que a través de él se pretendió describir y analizar los elementos y factores de la investigación en su real dimensión, además de observar los fenómenos generales que permiten llegar a conclusiones concretas dentro del problema planteado (Hernández et al, 2013).

Será una investigación documentada no solo en Leyes, normas, jurisprudencias y demás, buscará conceptos referentes a la temática por parte de sus mejores exponentes en el tema y en el tiempo, para poder generar un orden sistemático de la evolución de conceptos o si fuere el caso de lo incólume que resultan o han resultado dicho transcurso histórico.

Recopilar la correspondiente documentación en donde se certifique la utilización que se le está dando a la temática en nuestro contexto social y los paradigmas que se tengan referentes a los enunciados, postulados, definiciones y demás referente al tema.

La técnica principal a desarrollar dentro del Proyecto será las fichas de lectura ya que, permitirá obtener información sobre un fenómeno o acontecimiento tal y como éste se produce. Aunque de igual forma no se desconocerás las demás técnicas, cuando la investigación así lo requiera como lo son: entrevistas no estructuradas, historias de vida, grupo de discusión para que se tenga mayores prismas y formas de enfocar el tema motivo de investigación y poder tener una investigación más concreta y efectiva respecto a todos los panoramas que puedan tratarse sin dejar de lado cualquier potencial información que pueda contribuir al correcto andamiaje del proyecto como tal.

#### **4. Conclusión**

Después de las diversas investigaciones desarrolladas conforme a la temática en cuestión, el derecho positivo y derecho natural, se logró realizar el cuadro anteriormente expuesto, donde se recrea las tensiones de mayor relevancia entre derecho positivo y derecho natural, para determinarlas concretamente en las providencias tratadas, en las cuales se encontró que:

El derecho natural se torna perpetuo en el tiempo, priorizando sus principios, circunscribiéndonos en una determinada región, puesto que, como se expuso en el desarrollo del proyecto, hay diversos derechos naturales, dependiendo lo anterior del lugar donde se geste. Por otro lado, el derecho positivo es mutable, cambiante; el ordenamiento jurídico, día tras día está sometido a cambios conforme a la evolución social, cultural, económica, ambiental, etc., de los países, es así como se adhiere al oso “Chucho” un

derecho natural atado a su condición de ser sintiente, excluyendo de ese postulado el camino tomado para tutelar los derechos de “Chucho”

Se busca la condición más favorable para la habitabilidad del oso “Chucho” y el ecosistema en general; se encuentra al derecho natural agolpado en la concepción de vida digna que requiere el oso, puesto que estos derechos van intrínsecos desde el momento mismo de su nacimiento y encontrarse en el mismo hábitat natural, de los humanos, en donde se mostró en el desarrollo del proyecto de grado, la importancia que tiene esa raza de animal para el ecosistema; en cambio, se encuentra el derecho positivo que, si bien es cierto, también busca la estabilidad del oso “Chucho” en el ecosistema, difiere de los medios para llegar a este argumentando la inviabilidad de concebir el “habeas corpus” como camino para salvaguardar la integridad del oso, ya que, considera que ese término solo debe ser utilizado para las personas, que es así como se encuentra estipulado en la normatividad, y que existen otros caminos para lograr el cuidado digno que se solicita y se requiere.

La moral es otra tensión encontrada entre estas dos formas de concebir el derecho. El derecho natural acepta la moral como una aliada del derecho para lograr llevar a cabo, su objetivo de brindar justicia al conglomerado social, se sitúa de manera diametralmente opuesta el derecho positivo; se indica en esta colectividad que el derecho solo debe ser sujeto a las normas que se encuentran vinculada al ordenamiento jurídico positivo y que por ende, la moral tiene que ser excluida, de los contextos del derecho, ya que, este solo debe someterse a la norma, la inmediatez con la que se debe tomar la decisión para determinar el mejor ambiente para el ser sintiente, deja a la palestra, la posibilidad de encontrar en una moral colectiva, que identifica a la humanidad, el racionalizar y optar por el mejor porvenir del oso.

Se logró sintetizar las nociones con mayor relevancia para el derecho positivo y derecho natural, se presenta de la siguiente manera forjando con ello la diferencia conceptual entre derecho natural y positivo, se encuentra que el derecho natural: Indican que, por encima del derecho positivo, existe un derecho natural, válido para todos los tiempos. Por otro lado, el derecho positivo manifiesta que el derecho, es simplemente el derecho positivo, entendiéndolo como los ordenamientos actuales, y se encuentran sujetos a estos ordenamientos jurídicos, cada una de las naciones que a ellos recurran dependiendo la época, y nación, en esta contemporaneidad sustentada en el desarrollo sostenible del ecosistema, hace que en estas providencias se demarquen en mayor proporción las discrepancias surgidas entre ius positivismo y iusnaturalismo.

La decisión judicial, en casos difíciles es una de las tensiones de mayor relevancia en la actualidad, para estas dos corrientes, se encontró que en el derecho natural se acude a los principios que son únicos e imprescriptibles para cada individuo sujeto de derecho, y que ante cualquier caso siempre existirá la forma de acudir a ellos para lograr forjar una correcta decisión, por parte del derecho positivo plantean que para ello el juez, es quien debe ser creador para esa solución tomando como fundamento la discrecionalidad de este frente al caso.

Son estas tensiones encontradas entre las corrientes de derecho natural y derecho positivo, asociado a las providencias tratadas en el desarrollo de este proyecto de grado.

Con respecto a las sentencias AHC4106-2007 y 12651-2017 STL, en el contenido básico de sus argumentaciones, encontramos reflejados las tensiones entre ellas.



En la primera se nota la cosmovisión ecocéntrico-antrópica donde se procura que los animales como seres sintientes se le reconozca dentro de ciertas realidades la calidad de personas, para que puedan gozar de mecanismo constitucionales para hacer uso de los mismos a fin de proteger determinados privilegios o derechos fundamentales que les sean atribuibles. Es decir que los seres sintientes sean sujetos de derecho, legitimados, para exigir por conducto de cualquier ciudadano, la protección de su integridad física. Estimo que la sentencia AHC4106 en Colombia, marcó un antes y un después, porque quebró el paradigma del positivismo jurídico, otorgándole un habeas corpus a favor del oso “Chucho”. Esta histórica sentencia, no obstante, de haber dejado sin efectos por una acción de tutela, contribuye por su concepción a la formación a una moralidad, universal, a un orden público ecológico global.

En la segunda se ve reflejado el positivismo jurídico, apegada al ordenamiento jurídico existente. Partiendo que los animales tienen una calidad híbrida por decirlo de alguna manera, es decir, que es una categoría intermedia: entre el sujeto de derecho y el objeto de derecho, no tiene por tanto la calidad de sujeto derecho, de persona. De modo que los animales son solo seres sintientes ilegítimados para gozar de prerrogativas constitucionales y de derechos fundamentales.

---

## 5. Referencias

- Aguilera.,G *Papeles de teoría y filosofía del derecho, La regla del Reconocimiento de H.L.A. Hart*. Recuperado de: [http://files.rojaspereira.webnode.com.co/200000136-e6191e7154/regla\\_reconocimiento.pdf](http://files.rojaspereira.webnode.com.co/200000136-e6191e7154/regla_reconocimiento.pdf)
- Aponte, A., (2005), La tensión entre derecho natural y derecho positivo. Una visión en perspectiva., *Revista derecho penal*, 11, recuperado de:  
[http://legal.legis.com.co/document?obra=rpenal&document=rpenal\\_7680752a8052404ce0430a010151404c](http://legal.legis.com.co/document?obra=rpenal&document=rpenal_7680752a8052404ce0430a010151404c)
- Arrieta, M. (2018). La Aretedemocracia o Virtudemocracia: Un sistema de gobierno calificado contra las deformaciones de la democracia. *Justicia*, 23(34), 539-554.  
<https://doi.org/10.17081/just.23.34.3406>
- Arrieta López, M. (2018). La República Universal de los Masones. Un ideal para la paz perpetua. *Opción*, 34(87), 884–914. Recuperado de  
<http://produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/24615/25355>
- Arrieta, M. (2016). *Los masones en el mundo: Geopolítica masónica. La historia de los hijos de la luz*. Córdoba: Editorial Almuzara. (España).
- B, Miquel., *La noción de interpretación en Dworkin.*, Recuperado de:  
<http://www.raco.cat/index.php/Taula/article/viewFile/70560/89786>.
- Bolívar Escobar, Bernardo., *Tensiones entre ius positivismo y positivismo jurídico contemporáneo*

Carpintero Benitez, F. (1999). *Historia del derecho natural ensayo*, (Primera ed.). México:

Universidad Nacional Autónoma de México recuperado de:

<http://franciscocarpintero.com/pdf/Libros/Libro6/Historia%20del%20derecho%20natural.pdf>.

Cifuentes, G. (2013). Desarrollo Constitucional, Legal y Jurisprudencia del Principio de

Rigor Subsidiario. *Jurídicas CUC*, 9 (1), 345 – 384.

*Casos difíciles y dilemas en el derecho.*, Recuperado el 28 de mayo del 2018 de:

[ojs.udc.edu.co/index.php/http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/1/3%20La%20teoria%20juridica%20de%20Stammler.pdf](http://ojs.udc.edu.co/index.php/http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/1/3%20La%20teoria%20juridica%20de%20Stammler.pdf)

*Concepciones del derecho y discrecionalidad judicial.*, Recuperado de:

[http://vitela.javerianacali.edu.co/bitstream/handle/11522/2347/Concepciones\\_derecho\\_discrecionalidad.pdf?sequence=1](http://vitela.javerianacali.edu.co/bitstream/handle/11522/2347/Concepciones_derecho_discrecionalidad.pdf?sequence=1).

*Concepto de derecho Ronald Dworkin.*, Recuperado de: revistas-

[colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/revistas-derecho-mx/26039](http://colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/revistas-derecho-mx/26039)

Contreras, S., (2014). Derecho natural, derecho de gentes y libertad de los mares en

Fernando Vásquez de Menchaca, 24 *International Law.*, *Revista Colombiana de derecho internacional*, 169-191, 2014. doi: 10.11144/Javeriana.IL14-24.dndg.

*Declaración universal de los derechos del animal.*, Recuperado de: [www.fundacion-](http://www.fundacion-affinity.org/sites/default/files/derechos_animal.pdf)

[affinity.org/sites/default/files/derechos\\_animal.pdf](http://www.fundacion-affinity.org/sites/default/files/derechos_animal.pdf).

*Derecho Natural.*, Recuperado de: <http://leyderecho.org/derecho-natural/>.

*Derecho Natural.*, Recuperado de: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/derecho-natural/derecho-natural.htm>.

*Dos dilemas judiciales en Ronald Dworkin.*, Recuperado de:

[http://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas\\_ucatolica/index.php/Juridica/article/viewFile/640/656](http://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/article/viewFile/640/656).

Dworkin, R., (2002), *Los derechos en serio.*, Barcelona: Editorial Ariel. (España)

*El derecho natural y sus dimensiones actuales.* Massini. Recuperado de:

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3123/6.pdf>.

*El pensamiento político de Martin Lutero* recuperado de:

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4327601.pdf>

F, C, Validez., (2003), *Obligatoriedad y eficacia del derecho en H.L.A. Hart.*, Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 8. 2007.

*Filosofía y ciencia jurídica.*, Recuperado de:

<http://www.oscarlondero.com.ar/Curso/1/F/Fil/teoriaheraclito.htm>

García, E. (2003). *Introducción al derecho.* Colombia. Editorial: Esquilo.

Hernandez, judith; alvarado, Lisandro; Chumaceiro, Ana Cecilia. 2013.Estado, Gestión

Pública y Participación Ciudadana desde la Modernidad y Postmodernidad. *Revista Gestión y Gerencia*, Baquisimeto, No.7, (Venezuela)

*Introducción teórica a la historia del derecho* recuperado de:

[https://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/14913/introduccion\\_fonseca\\_2012.pdf;jsessionid=CB319469A4D803CB04EEE5C3AC207F66?sequence=2](https://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/14913/introduccion_fonseca_2012.pdf;jsessionid=CB319469A4D803CB04EEE5C3AC207F66?sequence=2)

*Ius cogens ius cogens* recuperado de:

[http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista\\_direito/article/viewFile/887/739](http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/viewFile/887/739)

Maritain., *La ley o derecho natural*, 2-4, Recuperado de:

[http://www.jacquesmaritain.com/pdf/09\\_FP/06\\_FP\\_DerNat.pdf](http://www.jacquesmaritain.com/pdf/09_FP/06_FP_DerNat.pdf).

Kelsen, H. (2000), *Teoría pura del derecho*. Editorial: Unión Ltda.

*La filosofía política clásica. De la antigüedad al renacimiento.*, Recuperado de:

<http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20100609123955/8varnagy.pdf>.

*La teoría del derecho de H.L.A. Hart.*, Recuperado de: [https://revistas-](https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/viewFile/28595/25860)

[colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/viewFile/28595/25860](https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/viewFile/28595/25860).

*LA doctrina del derecho natural de Hugo Grocio en los albores del pensamiento moderno.*

Recuperado de [https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/12780/1/PD\\_26-3\\_12.pdf](https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/12780/1/PD_26-3_12.pdf)

Medellín, C., Medellín Forero, C. Medellín Becerra Carlos. (1999) *Lecciones de derecho romano*, Bogotá: Temis

Monroy Cabra, M. (2006), *Introducción al derecho.*, Bogotá: Temis S.A.,

*Origen del Derecho Positivo.*, Recuperado de: [https://es.scribd.com/doc/286881339/Von-](https://es.scribd.com/doc/286881339/Von-Savigny-Friedrich-Karl-Origen-del-derecho-positivo-pdf)

[Savigny-Friedrich-Karl-Origen-del-derecho-positivo-pdf](https://es.scribd.com/doc/286881339/Von-Savigny-Friedrich-Karl-Origen-del-derecho-positivo-pdf).

Pabón, J. (2018). Notas acerca de la democracia segun Bobbio. *Jurídicas cuc*, vol. 14, no. 1, pp. 9-28. DOI: <https://doi.org/10.17981/juridcuc.14.1.2018.01>

Perozo, J. y González, O. (2017). Equidad ética-jurídica de la ciencia para la emancipación del conocimiento y los saberes. *JURÍDICAS CUC*, vol. 13, no. 1, pp. 29-44. DOI: <http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.13.1.2017.2>

*Principios y normas en la concepción de Ronald Dworkin.*, Recuperado de: [revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/download/9716/9162](http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/download/9716/9162).

*Ronald Dworkin y la decisión judicial: Un estudio de caso en la jurisprudencia constitucional colombiana.*, Recuperado de:

<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/11/doctrina42360.pdf>.

*R, Pedro., Kelsen y la definición de derecho.*, 10. Recuperado de:

<http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2049/AD-3-21.pdf?sequence=1>.

*Sobre el concepto de Derecho natural en Aristóteles.*, Recuperado de: [www.um.edu.ar/ojs-new/index.php/Idearium/article/download/723/706](http://www.um.edu.ar/ojs-new/index.php/Idearium/article/download/723/706)

Sentencia No. AHC 4806 (Corte Suprema de Justicia 2.017),

Sentencia No STL12651 (Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Laboral 2.017)

Sentencia No. C-224, Demanda de inconstitucionalidad del artículo 13 de la ley 153 de 1887(Honorable Corte Constitucional 1994)

Sentencia No C-284, Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 4º (parcial) de la Ley 153 de 1887 (Honorable Corte Constitucional 2.015)

*Teoría del derecho y decisión judicial en torno al debate entre H.L.A y R. Dworkin.,*

Recuperado de: “<https://erikafontanez.files.wordpress.com/2015/08/cc3a9sar-rodrc3adguez-la-decision3b3n-judicial-el-debate-hart-dworkin-pc3a1gs-15-45.pdf>.”

Pág. 35

*Tomás de Aquino sobre la ley natural* recuperado de:

<http://www.cienciarazonyfe.com/assets/archivos/articulos1393074857.pdf>

Urueña-Sánchez, M, I. (2017) El positivismo de Kelsen y Hart en el derecho internacional contemporáneo: Una mirada crítica, 31 *International Law., Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 193-220, 2017. Recuperado de: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.il15-31.pkhd>

*Validez obligatoriedad y eficacia del derecho en H.L.A Hart* Recuperado el 28 de mayo

2018 de: [revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/download/ANDH0707110131A/2075](http://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/download/ANDH0707110131A/2075)

Valencia Zea. A (2006). *Derecho civil tomo 1 parte general personas*. Bogotá: Temis.